

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit

Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2005/2006, Zürich/Bern 2006, S. 73-110. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, und 18 EGV)
 - I. Studienbeihilfen und Hochschulzugang
 - II. Besteuerung von Unterhaltsleistungen an die in einem anderen Mitgliedstaat lebende geschiedene Ehefrau (Rs. C-403/03, *Schempp*)
 - III. Abhängigkeit des Urheberrechtsschutzes eines Werkes vom Schutz im Ursprungsland (Rs. C-28/04, *Tod's*)
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)
 - I. Einreise und Aufenthalt
 - II. Rückwirkungen des Freizügigkeitsrechts auf den Zugang zu staatlichen Leistungen
 - III. Steuerliche Aspekte
 - IV. Anerkennung von Diplomen und Berufspraxis
- D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, und 49 EGV)
 - I. Zur Übertragung der „*Keck*“-Rechtsprechung auf Art. 49 EGV
 - II. Steuerliche Aspekte
 - III. Ausschreibung und Vergabe von Dienstleistungen
 - IV. Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten (Rs. C-244/04, *Kommission ./ Deutschland*)
 - V. Eintragung grenzüberschreitender Verschmelzungen (Rs. C-411/03, *SEVIC Systems AG*)
 - VI. Zulässigkeit von Geschäftstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten
- E. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Anknüpfend an die Beiträge in den beiden vorangegangenen Jahren¹ stellt der folgende Artikel die wichtigsten Entwicklungen des Jahres 2005 in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit zusammen, wobei wiederum keine umfassende Darstellung und Würdigung aller im Berichtszeitraum ergangenen Urteile des EuGH erfolgen kann, sondern lediglich

¹ *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003, 2004, 85 ff.; Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2004/2005, 2005, 41 ff.*

ausgewählte, besonders bedeutende und richtungsweisende Urteile besprochen werden, die von ihrer rechtlichen Tragweite her auch eine gewisse Ausstrahlungswirkung auf die Situation in der Schweiz haben (können). Damit soll jedenfalls der Grundstein für eine intensivere Auseinandersetzung mit der Materie gelegt werden.

In systematischer und thematischer Hinsicht wird zwischen Urteilen zum allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 12, 17 und 18 EGV), zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV) und zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 49 EGV) differenziert.

Wo dies wichtig erscheint, wird auch auf die Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Rechtslage in der Schweiz – insbesondere unter Berücksichtigung des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA) – eingegangen. Denn grundsätzlich können auch nach der Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 ergangene Urteile für die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens von Bedeutung sein².

B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17 und 18 EGV)

I. Studienbeihilfen und Hochschulzugang

1. Gewährung von Studienbeihilfen (Rs. C-209/03, *Bidar*)

Unter den zu Art. 12 und 18 EGV ergangenen Urteilen ist zunächst das den Hochschulbereich betreffende Urteil in der Rs. C-209/03³ besonders hervorzuheben: Hier ging es um die Frage, ob eine britische Regelung, nach der ein vergünstigtes Studentendarlehen nur unter der Voraussetzung gewährt wurde, dass der Antragsteller im Vereinigten Königreich dauerhaft ansässig ist, mit Art. 12 und 18 EGV in Einklang steht. In seinen Ausführungen betonte der EuGH, dass sich ein Unionsbürger, der sich rechtmässig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Art. 12 EGV berufen könne. Zu diesen Situationen gehörten auch diejenigen, in denen der Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch mache. Damit falle die Situation eines Unionsbürgers, der sich rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalte, im Hinblick auf den Erhalt einer Beihilfe, die Studenten zur Deckung der Unterhaltskosten in der Form eines vergünstigten Darlehens oder Stipendiums gewährt wird, auch angesichts der Regelungen in Art. 149 EGV (Bildung) in den Anwendungsbereich des Art. 12 EGV.

Die Entscheidung liegt damit auf einer Linie mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH⁴, wonach der Gerichtshof nun – im Gegensatz zu älteren Entscheidungen wie etwa dem Urteil *Lair*⁵ aus dem

² Hierzu im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

³ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

⁴ Insbesondere EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191.

⁵ EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161.

Jahr 1988 – auch Unterhaltsbeihilfen für Studierende allgemein als in den Anwendungsbereich des Vertrages fallend erachtet.

Das Abstellen auf einen dauerhaften Aufenthalt stufte der EuGH als materielle Diskriminierung ein. Vor der Prüfung der Rechtfertigung dieser Diskriminierung stellte er fest, dass die Mitgliedstaaten zwar aufgerufen seien, bei Organisation und Anwendung ihres Sozialhilfesystems eine gewisse finanzielle Solidarität mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu zeigen, jedoch könnten sie darauf achten, dass die Gewährung von Beihilfen an Studenten aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu einer übermässigen Belastung führe, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der vom Staat gewährten Beihilfe entfalten könne. Es sei daher „legitim“, wenn ein Staat als Voraussetzung für die Gewährung der Beihilfe einen gewissen Grad an Integration in die Gesellschaft dieses Staates verlange. Hingegen dürfe nicht auf eine Verbindung zum Arbeitsmarkt abgestellt werden. Nach den britischen Rechtsvorschriften konnte ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates als Student jedoch nicht den Status einer im Vereinigten Königreich auf Dauer ansässigen Person erlangen. Das Erfordernis der dauerhaften Ansässigkeit mache es einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates daher unmöglich, die Bedingungen für die Studienbeihilfe zu erfüllen, so dass selbst dort integrierte Personen, die eine tatsächliche Verbindung zu der Gesellschaft dieses Staates aufweisen, keinen Anspruch auf die Beihilfe erheben könnten. Daher komme hier eine Rechtfertigung nicht in Betracht.

Das Urteil ist – auch wenn es lediglich eine konsequente Fortführung bereits in der bisherigen Rechtsprechung vorzufindender Ansätze darstellt – in verschiedener Hinsicht bemerkenswert und wirft zudem einige neue Fragen auf:

- Zunächst erkennt der EuGH nunmehr ausdrücklich an, dass in Situationen, in denen sich ein Unionsbürger rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, nicht nur in Bezug auf die das Existenzminimum sichernde Sozialhilfe, sondern auch allgemein in Bezug auf die Ausbildungsförderung die Anwendbarkeit des Art. 12 EGV gegeben ist.
- Weiter wird zwar bestätigt, dass eine Situation, in der ein Unionsbürger von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts zu eröffnen vermag. Gleichzeitig stellt der EuGH aber auch darauf ab, dass Art. 149 EGV sowie die neue Aufenthaltsrichtlinie 2004/38⁶ es nahe legen, dass Unterhaltsbeihilfen in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fallen. Unklar bleibt bei dieser Argumentation (wie auch schon in der sonstigen diesbezüglichen Rechtsprechung), ob neben dem rechtmässigen Aufenthalt des Unionsbürgers noch ein weiteres Element hinzukommen muss, damit der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet ist und ggf. um welches Element es sich hier handelt. Jedenfalls kann nicht allgemein verlangt werden, dass ein bestimmter Sachbereich bereits durch das Gemeinschaftsrecht geregelt ist, kann doch auch etwa bei zivil- oder strafprozessualen Regelungen, die einen Zusammenhang mit der Aus-

⁶ RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158, 77.

übung der Grundfreiheiten aufweisen, der Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet sein⁷. Allein der Aufenthalt an sich kann aber auch nicht für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs hinsichtlich einer bestimmten Massnahme genügen, da er die Frage nach dem Bezug dieser Massnahme zum Gemeinschaftsrecht nicht beantwortet. Versucht man eine Annäherung an die Problematik, dürfte sich aus den Ansätzen des EuGH in den verschiedenen einschlägigen Urteilen ergeben, dass in Bezug auf die streitige Regelung ein Zusammenhang mit einem durch das Gemeinschaftsrecht garantierten Recht ausreichend, aber auch notwendig ist, so dass ein Zusammenhang mit dem Aufenthalt – der bei Sozialversicherungsleistungen regelmässig gegeben ist – genügt. Eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des Vertrages dürfte sich hieraus aber letztlich nicht ergeben, da fast alle (staatlichen) Regelungen in einem direkten oder indirekten Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen. Insofern dürfte der EuGH jedenfalls dem Ansatz, der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages sei nur dann eröffnet, wenn die in Streit stehende Leistung zur effektiven Verwirklichung des Aufenthaltsrechts notwendig sei⁸, eine Absage erteilt haben. Es wäre aber sehr wünschenswert, wenn der Gerichtshof seine Sicht bei nächster Gelegenheit weiter präziserte.

- Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung: Dass für den Mitgliedstaat durch die Abschaffung der Diskriminierung eine finanzielle Belastung entsteht, vermag für sich allein nicht genügen; der EuGH weist hier auf den denkbar unscharfen Begriff der „gewissen finanziellen Solidarität“ der Mitgliedstaaten hin. Dieser Ansatz ergibt sich aber – ausgehend von der einschlägigen Rechtsprechung – auch schon daraus, dass rein finanzielle Erwägungen als wirtschaftliche Gründe zur Rechtfertigung von Diskriminierungen ungeeignet sind. Mithin hätte es des Rückgriffs auf die „finanzielle Solidarität“ – bei der es sowohl unklar ist, warum sie angenommen wird, als auch, wie weit sie denn gehen soll – gar nicht bedurft. Der EuGH betont aber auch, dass es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt sei, zu grosse finanzielle Belastungen, die das gesamte Niveau der Ausbildungsbeihilfen berühren könnten, zu vermeiden. Hiermit wird letztlich der in der Rechtsprechung bereits im Zusammenhang mit medizinischen Dienstleistungen entwickelte Rechtfertigungsgrund des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit aufgegriffen. Die Mitgliedstaaten können daher den Kreis der Berechtigten einschränken, wobei dies jedoch offenbar aus sachlichen Gründen geschehen muss, die durchaus materiell nach der Staatsangehörigkeit diskriminieren können. Als solch ein sachlicher Grund wird dann eine gewisse Integration in dem jeweiligen Mitgliedstaat anerkannt. Im Ergebnis erkennt der EuGH damit an, dass die Mitgliedstaaten für die in ihrem Staatsgebiet lebenden und gut integrierten Personen etwas mehr „Sorge tragen können“ als für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten. Unklar bleiben aber die genauen Konturen dieses sachlichen Grundes einer Integration; offenbar soll ein gewisser Mindestaufenthalt ausreichen, so dass Ansprüche

⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-43/95, *Data Delecta*, Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637.

⁸ Vgl. *Stephanie Bode*, Unterhaltsbeihilfen für ausländische Studenten ohne Daueraufenthaltserlaubnis, EuZW 2005, 279 (280).

auf Wahrnehmung von Rechten aus dem System der sozialen Sicherheit durch „Ersitzung“ erworben werden können – vorausgesetzt natürlich, der Aufenthalt ist rechtmässig.

Auch wenn man die angesprochenen Unschärfen des Urteils bedauern mag und gewisse Argumentationslinien deutlicher hätten formuliert werden können, steht der Ansatz des EuGH jedenfalls im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung und dürfte sich darüber hinaus auch aus dem Grundgedanken der Freizügigkeit der Unionsbürger ergeben: Haben diese nämlich einmal von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht und sich in einem anderen Mitgliedstaat integriert, so dürfte das Anliegen der Freizügigkeit dahin gehen, dass die Unionsbürger in allen mit ihrem Aufenthalt im Zusammenhang stehenden Belangen ebenso wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln sind. Anderenfalls wäre das Recht auf Freizügigkeit nicht effektiv gewährleistet⁹.

2. Hochschulzugang unter „studienrichtungsspezifischen Zusatzvoraussetzungen“ (Rs. C-147/03, *Kommission ./. Österreich*)

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf die Tragweite des Art. 12 EGV ist zudem die Rs. C-147/03¹⁰. Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens stellte der EuGH fest, dass die österreichische Regelung, wonach nicht in Österreich ausgestellte Reifezeugnisse nur dann in Österreich zum Hochschulzugang berechtigten, wenn gleichzeitig eine entsprechende Studienberechtigung im Ausland (d.h. der Nachweis der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit zur gewählten Studienrichtung, etwa die Erfüllung einer Numerus clausus-Regelung) vorgelegt wurde, gegen Art. 12 EGV verstosse. In Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung¹¹ falle die Regelung von Voraussetzungen des Zugangs zur Hochschulausbildung in den Anwendungsbereich des Vertrages. Auch liege eine mittelbare Diskriminierung zwischen Inhabern von inländischen Reifezeugnissen einerseits und Inhabern von ausländischen Reifezeugnissen andererseits vor. Eine Rechtfertigung – die grundsätzlich aus objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen möglich sei – lehnte der EuGH ab: Der von Österreich vorgebrachte Grund der „Wahrung der Einheitlichkeit des österreichischen Bildungssystems“ könne schon deshalb nicht greifen, weil nur für das Studienfach Medizin die Zahl der Studienbewerber bis zu fünfmal so hoch sein könnte wie die Zahl der verfügbaren Studienplätze, was das finanzielle Gleichgewicht des österreichischen Systems der Hochschulausbildung zwar bedrohen könnte. Für andere Fächer gebe es aber keine Schätzungen, so dass die Verhältnismässigkeit der Massnahme nicht genügend nachgewiesen worden sei. Weiter wurde auch das Argument Österreichs, es gehe um die Vorbeugung eines Missbrauchs gemeinschaftsrechtlich gewährter Rechte, da sich einige Unionsbürger unter

⁹ Vgl. aber auch die Kritik bei *Bode*, EuZW 2005 (Fn. 8), 279 (281 f.) sowie (in Bezug auf die frühere Rechtsprechung) bei *Florian Sander*, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, DVBl. 2005, 1014 (1018).

¹⁰ EuGH, Urteil v. 7.7.2005, Rs. C-147/03, *Kommission ./. Österreich*, noch nicht in amtl. Slg.

¹¹ S. schon EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. C-65/03, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 2004, I-6242. Vgl. dazu bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (48 f.).

Missbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung ihrer nationalen Berufsausbildungsvorschriften entzogen, zurückgewiesen: Denn hier stehe nur die Inanspruchnahme der durch den Vertrag gewährleisteten Freizügigkeitsrechte zur Debatte, die keinen Missbrauch darstellen könne.

Das Urteil ist weniger aufgrund der Feststellung der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 12 EGV bemerkenswert, die letztlich vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung antizipiert werden konnte. Vielmehr ist der Fall in erster Linie wegen der auf der Rechtfertigungsebene anzusetzenden Ausführungen des EuGH von grosser Bedeutung: Der Gerichtshof äusserte sich nur sehr knapp zur Verhältnismässigkeit der österreichischen Regelung, die der „Einheitlichkeit des österreichischen Bildungssystems“ dienen sollte. Damit war letztlich ein ganzes Spektrum von Aspekten gemeint, die in erster Linie die Offenheit des Hochschulzugangs und die Durchlässigkeit des Bildungssystems einerseits und die strukturelle Herausforderung für die nationale Bildungspolitik im Falle der allgemeinen Öffnung der Hochschulen andererseits betreffen¹². Der EuGH ging jedoch auf das sich hier stellende zentrale Problem, nämlich das Anliegen Österreichs, auch in Zukunft einen freien Hochschulzugang zu gewährleisten, der gerade durch einen „Massenzustrom“ ausländischer Studierender in gewissen Fächern gefährdet wäre, gar nicht ein: Er schlug nämlich (offenbar als milderes Mittel) die Einführung eines Numerus clausus oder von Aufnahmeprüfungen vor, was ja gerade die Abschaffung des freien Zugangs bewirken würde.

Damit wurde nach hier vertretener Ansicht bereits die Verhältnismässigkeitsprüfung unzutreffend durchgeführt, da der Gerichtshof das Mittel nicht in Bezug zu dem angestrebten Ziel (einen freien Hochschulzugang zu garantieren) gesetzt hatte. Solange aber ein Ziel gemeinschaftsrechtskonform ist, muss es grundsätzlich für die Durchführung der Verhältnismässigkeitsprüfung massgeblich sein. Wird dieses Prinzip missachtet, führt dies letztlich dazu, dass der EuGH seine Zielvorstellungen an Stelle derjenigen der Mitgliedstaaten setzt und somit in Politiken Eckpunkte definiert, in denen der EG unter Umständen keine Kompetenz zusteht, wie dies bei der Frage der Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Bildungssystems jedenfalls der Fall ist.

Bezugnehmend auf die mit einem unbeschränkten Hochschulzugang verbundenen strukturellen und finanziellen Schwierigkeiten zog sich der EuGH darauf zurück, dass diese – jedenfalls umfassend – nicht hinreichend nachgewiesen seien, was zumindest angesichts der auf Erfahrungswerten beruhenden Situation in der Medizin wenig überzeugt und jedenfalls kaum ausreichend begründet ist. Überraschend ist daher, dass der EuGH die Variante, dass eine solche Massnahme zumindest für die Medizin verhältnismässig sein könnte, noch nicht einmal andeutet. Dabei legt es das Urteil *Bidar*¹³ durchaus nahe, dass das finanzielle Gleichgewicht des Bildungssystems durchaus einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann, und dass unter gewissen Voraussetzungen die bevorzugte Behandlung in dem jeweiligen Mitgliedstaat integrierter Personen zulässig ist. Vieles spricht daher dafür, dass es das Urteil des Gerichtshofs gerade nicht ausschliesst, im Grundsatz parallele Massnahmen wie die hier zur Debatte stehenden zu erlassen, jedoch unter der Voraussetzung, dass im Einzelnen ihre Verhältnismässigkeit nachgewiesen wird und dass dem auch im Urteil *Bidar*

¹² Vgl. auch *Peter Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, EuZW 2005, 647 (649 f.).

¹³ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119; vgl. oben B.I.1.

relevanten Aspekt der „Integration“ – wenn dieser Begriff auch, wie erwähnt, unscharf ist und Fragen aufwirft – Rechnung getragen wird; letzteres kann etwa dadurch geschehen, dass für bestimmte „integrierte“ Personen, die ihre Hochschulreife im Ausland erlangt haben, Ausnahmen vorgesehen werden.

In jeder Hinsicht zu begrüßen ist aber die Klarstellung in Rz. 70 des Urteils, dass die Ausübung eines durch den Vertrag garantierten Rechts von vornherein keinen Missbrauch darstellen könne, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Rechts vorliegen¹⁴; auf die Motivation für die Inanspruchnahme der vertraglich gewährleisteten Rechte kommt es somit nicht an.

3. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Ausgangspunkt der Relevanz des Urteils für Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist die grundsätzliche Übertragbarkeit – abgesehen von den genuin die Unionsbürgerschaft betreffenden Aspekten – der im Rahmen des Art. 12 EGV massgeblichen Grundsätze auf Art. 2 FZA¹⁵. Ohne dass diese Frage hier im Einzelnen vertieft werden kann¹⁶, sprechen nämlich neben dem Wortlaut insbesondere systematische und teleologische Gründe für diesen Ansatz: Denn Art. 2 FZA kommt im Rahmen des Abkommens letztlich eine parallele Funktion zu wie Art. 12 EGV im System des EG-Vertrages; zudem verlöre Art. 2 FZA ansonsten jegliche eigenständige Bedeutung, und das Ziel der Herstellung der Freizügigkeit zwischen der EU und der Schweiz „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“¹⁷ könnte nicht erreicht werden. Daher stellt Art. 2 FZA – parallel zu Art. 12 EGV – als allgemeines Diskriminierungsverbot eine Art Auffangtatbestand dar, der (soweit seine Voraussetzungen gegeben sind) auch und gerade dann greifen kann, wenn die spezielleren Diskriminierungsverbote in den Anhängen nicht einschlägig sind.

Deutlich wird damit, dass das FZA zwar das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht übernimmt; jedoch werden einzelne Rechte der Unionsbürger – insbesondere Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit – in dem Abkommen aufgegriffen. Dann aber liegt es nahe, diejenigen Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, die sich auf diese „übernommenen“ Rechte beziehen, auch im Rahmen des Assoziierungsabkommens zu berücksichtigen. Hierfür spricht gerade im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht auch, dass diese Rechte auch durch sekundärrechtliche Vorschriften – auf die das Abkommen Bezug nimmt – gewährleistet werden.

Wendet man die skizzierten Grundsätze auf den vorliegenden Fall der Studienbeihilfen für ausländische Studierende an, so ist festzustellen, dass Studenten als Nichter-

¹⁴ S. auch schon EuGH, Rs. 200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

¹⁵ Vgl. ausführlich zu den im Rahmen des Abkommens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen / Interprétation et application des „traités d'intégration“*, Zürich 2006, 57 (61 ff.).

¹⁶ Vgl. ausführlich hierzu m.w.N. *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, 2005, 45 (65 ff.).

¹⁷ Vgl. die Präambel zum FZA.

werbstätige ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA geniessen, so dass es sich um eine Situation bei der Anwendung der Anhänge I-III des Abkommens handelt. Da der Zugang zur Berufsausbildung geeignet ist, die Freizügigkeit durch den Erwerb von Qualifikationen, die für eine spätere Erwerbstätigkeit relevant sind, zu fördern, haben Zugangs- und Ausübungsregelungen betreffend das Studium auch einen hinreichenden sachlichen Bezug zur Ausübung der Freizügigkeitsrechte¹⁸. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH ist daher grundsätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar.

Ausnahmen bestehen aber nach Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen“ für Studierende regelt. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift dürften unter Unterhaltsbeihilfen soziale Leistungen zu verstehen sein, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollen. Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob diese etwa in der Form eines Stipendiums oder eines vergünstigten Darlehens gewährt werden. Da es sich bei den Studienbeihilfen im Urteil *Bidar* um eine solche Leistung handelt, besteht anders als im Gemeinschaftsrecht kein Anspruch auf Gleichbehandlung nach dem Abkommen, so dass schweizerische Studierende keinen Anspruch auf diese Beihilfen haben und entsprechende Leistungen in der Schweiz ausländischen Studierenden vorenthalten werden können. Anders dürfte es sich dagegen verhalten im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers¹⁹.

Im Falle des Urteils *Kommission/Österreich* geht es wohl um den Zugang zur Ausbildung i.S.d. Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA. Unter Zugang zur Ausbildung dürfte die Regelung der „sachlichen“ Voraussetzungen des (Hoch-) Schulzuges, also insbesondere die erforderlichen Qualifikationen (wie bestimmte Schulabschlüsse), zu verstehen sein. Dazu gehören auch Erfordernisse, die über die allgemeine Hochschulreife hinausgehen, jedoch die fachliche Qualifikation betreffen, wie dies bei dem Nachweis, im Heimatland studieren zu können, der Fall ist.

Wegen des engen Zusammenhangs mit diesen Fällen sei noch auf die Frage diskriminierender Studiengebühren hingewiesen. Diese werden sowohl an einigen Bildungseinrichtungen in der Schweiz als auch in verschiedenen EG-Staaten gegenüber Schweizern praktiziert. Gemäss den obigen Ausführungen ist die sog. „Gravier-Rechtsprechung“ des EuGH²⁰, wonach Studiengebühren in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen, grundsätzlich auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant. Fraglich ist nun, inwieweit diese Diskriminierungen von der Ausnahmenvorschrift des Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA erfasst werden.

Da es sich um eine Ausnahme zu den Freizügigkeitsrechten handelt, dürfte die Vorschrift grundsätzlich eher eng auszulegen sein. Zwar können die Bestimmungen, die nicht aus dem Gemeinschaftsrecht übernommen wurden, nicht ohne weiteres entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen (etwa dass die Grundfreiheiten grundsätzlich weit und ihre Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen sind) interpretiert werden. Die völkerrechtliche Auslegung nach Gegenstand und Zweck des Ab-

¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rz. 24 f.

¹⁹ Vgl. Art. 24 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 Anhang I FZA.

²⁰ EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593.

kommens, nämlich die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts zu verwirklichen, was sich einerseits aus der Präambel des Abkommens, andererseits aber auch aus den an das Gemeinschaftsrecht angelehnten Bestimmungen des Abkommens selbst und insbesondere aus den Regelungen des Art. 16 Abs. 1 und 2 FZA ergibt, dürfte hier jedoch ebenfalls zum Ergebnis führen, dass Ausnahmen von den Freizügigkeitsrechten im Rahmen des Abkommens im Zweifel eng auszulegen sind. Dementsprechend dürfte unter Zugang nur die bereits erwähnte Regelung der „sachlichen“ Voraussetzungen des (Hoch-) Schulzugangs, also insbesondere die erforderlichen Qualifikationen (wie bestimmte Schulabschlüsse), zu verstehen sein. Studiengebühren können sich zwar auf den Zugang zum Studium auswirken, Regelungsgegenstand sind aber wohl eher Modalitäten des Studiums als der Zugang zur Ausbildung selbst. So wird über die Zulassung zum Studium in der Regel vor Aufnahme des Studiums in einem besonderen Verfahren entschieden, während die Studiengebühren auch nach der erfolgten Zulassung während des Studiums regelmässig zu zahlen sind. Zwar geht es bei der zweiten Ausnahme, den „Unterhaltsbeihilfen“, um finanzielle Aspekte und im Detail bedarf die Auslegung dieser Ausnahmen wohl auch noch weiterer Präzisierungen. Ein allgemeiner Ausschluss der Studienmodalitäten (also unter Einbezug der Studiengebühren) hätte aber deutlicher im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, auch und gerade angesichts der gefestigten Gravier-Rechtsprechung.

II. Besteuerung von Unterhaltsleistungen an die in einem anderen Mitgliedstaat lebende geschiedene Ehefrau (Rs. C-403/03, *Schempp*)

1. Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-403/03²¹ ging es um die Weigerung der zuständigen deutschen Steuerbehörde, Unterhaltszahlungen eines deutschen Staatsangehörigen an seine in Österreich wohnende geschiedene Ehefrau als abzugsfähige Sonderausgaben anzusehen, weil eine Besteuerung der Zahlungen bei der Ehefrau nicht durch eine entsprechende Bescheinigung der österreichischen Steuerbehörden nachgewiesen war. Eine solche Bescheinigung konnte aber nicht vorgelegt werden, da in Österreich Unterhaltsleistungen bereits dem Grunde nach nicht besteuert werden und auch nicht steuerlich abzugsfähig sind. Lebte die Ehefrau in Deutschland, hätten die Unterhaltsleistungen in voller Höhe abgezogen werden können und nicht versteuert werden müssen, da die entsprechenden Einkommensgrenzen nicht überschritten worden wären.

Fraglich war in dieser Konstellation, ob eine solche Regelung gegen Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV verstösst. Der EuGH bejahte hier zunächst die Anwendbarkeit des Art. 12 EGV, der bei allen Situationen betroffen sei, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen. Zu diesen Situationen gehörten auch diejenigen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten oder der durch Art. 18 EGV gewährleisteten Freizügigkeit beträfen. Obwohl der betreffende deutsche Staatsangehörige von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen

²¹ EuGH, Urteil v. 12.7.2005, Rs. C-403/03, *Schempp* ./ *Finanzamt München*, noch nicht in amtl. Slg.

Gebrauch gemacht habe, liege im vorliegenden Fall keine rein interne Situation vor, da die geschiedene Ehefrau ihr Freizügigkeitsrecht wahrgenommen habe und dies Auswirkungen auf den Anspruch des geschiedenen Ehemanns auf steuerlichen Abzug in „seinem“ Mitgliedstaat entfalte. Allerdings liege keine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 12 EGV vor, da sich die nachteilige Behandlung lediglich daraus ergebe, dass in Deutschland und Österreich unterschiedliche steuerliche Regelungen in Bezug auf die Abzugsfähigkeit bestimmter Zahlungen gälten. Weiter sei auch Art. 18 EGV nicht einschlägig, da es der Vertrag den Unionsbürgern nicht garantiere, dass die Verlagerung des Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat steuerlich neutral sei.

Das Urteil bringt insgesamt eine sehr begrüßenswerte Klarstellung der Voraussetzungen für die Einschlägigkeit des Gemeinschaftsrechts im Falle abweichender steuerlicher Regelungen: Verallgemeinert man die Aussagen des EuGH, so ist in all denjenigen Fällen, in denen sich (steuerliche) Nachteile allein aufgrund der Tatsache ergeben, dass die einschlägigen Regelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten divergieren, die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts nicht gegeben, wobei dies auch dann gilt, wenn die verschiedenen Regelungen aufgrund eines grenzüberschreitenden Sachverhalts zusammenwirken. Letztlich liegt auch in dem Fall, dass die Freizügigkeit nur deshalb „eingeschränkt“ wird, weil in einem anderen Mitgliedstaat für die Betroffenen ungünstigere steuerliche Regelungen zum Zuge kommen, lediglich eine unterschiedliche Rechtslage in verschiedenen Mitgliedstaaten vor, die für sich allein die Einschlägigkeit des Gemeinschaftsrechts nicht zu begründen vermag. Dieser Ansatz ist schon deshalb zwingend, weil ansonsten die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung der entsprechenden steuerrechtlichen Fragen untergraben würde. Insofern dürften solche Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen auch von Vornherein keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder der Freizügigkeit darstellen können. Dogmatisch unterscheidet sich diese Konstellation nämlich von sonstigen Beschränkungen der Grundfreiheiten insofern, als hier allein die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen (in Bereichen, die in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten liegen) nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten und damit nicht das Verhalten nur eines Hoheitsträgers zur Debatte steht. Weiter ist zu betonen, dass der EuGH in diesem Urteil einmal mehr die Anforderungen an das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts sehr niedrig ansetzt; letztlich war es in diesem Fall schon ausreichend, dass irgendein Element des Sachverhalts – obwohl es die Person, die die Diskriminierung geltend machte, nicht direkt betraf – einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufwies.

Ob es angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung²² noch sinnvoll ist, am Element der Grenzüberschreitung als Voraussetzung für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten festzuhalten, erscheint vor diesem Hintergrund äusserst fraglich.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

²² S. auch schon EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279. Hierzu bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (42 ff.).

Das Freizügigkeitsabkommen verbietet ebenfalls Diskriminierungen im Bereich des Steuerrechts. Massgebliche Vorschriften sind die Art. 2 und 7 lit. a) FZA sowie Art. 9 Abs. 2, 15 und 19 Anhang I FZA. Dabei kommt Art. 7 lit. a) FZA gegenüber den konkretisierenden und somit spezielleren Bestimmungen des Anhangs I kaum eigenständige Bedeutung bei der Anwendung zu, während Art. 2 FZA als allgemeines Diskriminierungsverbot hinter den speziellen Diskriminierungsverboten der Anhänge zurücktritt, soweit diese anwendbar sind, ansonsten aber als Auffangtatbestand anwendbar ist. Die genannten Vorschriften lehnen sich an die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote der Art. 12, 39 Abs. 2 und 50 Abs. EGV sowie Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 an, so dass die bis zum 21.6.1999 zu diesen Bestimmungen ergangene Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 EGV bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen ist. Die nach diesem Datum ergangenen Urteile können bei der Auslegung berücksichtigt werden, insbesondere wenn sie nur eine frühere Rechtsprechung präzisieren²³. Das hier vorliegende Urteil präzisiert zwar den Begriff der Diskriminierung, stellt jedoch in der Sache keine Änderung gegenüber der früheren Rechtsprechung dar. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass Art. 12 EGV keine Ungleichbehandlungen erfasst, die sich aus Abweichungen zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergeben können, wenn diese für alle Personen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, nach objektiven Kriterien und ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gelten²⁴. Diese Auslegung ist daher auch für das Freizügigkeitsabkommen zu übernehmen.

III. Abhängigkeit des Urheberrechtsschutzes eines Werkes vom Schutz im Ursprungsland (Rs. C-28/04, *Tod's*)

Der Rs. C-28/04²⁵ lag eine Klage wegen Nachahmung von Schuhmodellen der Marken *Tod's* und *Hogan* zugrunde, gegen die sich die Beklagte *Heyraud* mit dem Argument verteidigte, dass nach Art. 2 Abs. 7 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst²⁶ *Tod's* in Frankreich nicht den Schutz des Urheberrechts für Modelle beanspruchen könne, die in Italien nicht schutzwürdig seien. Das *Tribunal de Grande Instance Paris* legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 12 EGV es ausschliesse, dass die Zulässigkeit der Forderung eines Urhebers auf Schutz in einem Mitgliedstaat nach dem Urheberrecht dieses Staates von einem Unterscheidungsmerkmal abhängt, das auf dem Ursprungsland des Werkes beruhe.

Der EuGH stellte in seinem Urteil zunächst klar, dass das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte – schon allein wegen ihrer Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen – in den Anwendungsbereich des EGV fielen und damit auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des

²³ Vgl. BGE 130 II 119, E. 5.2 und EVG, Urteil I 484/05 vom 13.4.2006, E 4.1. Zur Frage, inwieweit die nach dem Stichtag ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist, siehe *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 2), 1 (23 ff.).

²⁴ Vgl. die Nachweise in EuGH, Urteil v. 12.7.2005, Rs. C-403/03, *Schempp ./.* *Finanzamt München*, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 34.

²⁵ EuGH, Urteil v. 30.6.2005, Rs. C-28/04, *Tod's und Tod's France*, noch nicht in amtl. Slg.

²⁶ SR 0.231.14.

Art. 12 EGV einschlägig sei²⁷. Verboten seien nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch versteckte Diskriminierungen, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führten.

Die Anwendung des Art. 2 Abs. 7 der Berner Übereinkunft im nationalen Recht eines Mitgliedstaates führe zu einer Unterscheidung nach dem Kriterium des Ursprungslandes eines Werks. Fraglich sei, ob dies gleichzeitig eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstelle, was der EuGH bejahte: Zwischen dem Ursprungsland eines Werkes und der Staatsangehörigkeit des Urhebers dieses Werkes bestehe ein Zusammenhang. Dies gelte unzweifelhaft bei nichtveröffentlichten Werken; aber auch bei veröffentlichten Werken sei in den meisten Fällen ein Angehöriger des Staates, in dem das Werk zum ersten Mal veröffentlicht wurde, Urheber des Werkes. Damit wirke sich die Anwendung des Art. 2 Abs. 7 der Berner Übereinkunft hauptsächlich zum Nachteil von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten aus und könne als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit qualifiziert werden. Zur Rechtfertigung dieser Diskriminierung hatte die französische Regierung angeführt, das Übereinkommen solle Werke der Literatur schützen und die Voraussetzungen, unter denen Werke nach dem Urheberrecht geschützt seien, nach objektiven Kriterien festlegen. Der Gerichtshof schloss anhand dieser Argumentation jedoch nicht auf das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Vielmehr sei Art. 2 Abs. 7 der Übereinkunft eine Gegenseitigkeitsregel; nach ständiger Rechtsprechung²⁸ könne aber die Erfüllung der Verpflichtungen, die den Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht oblägen, nicht an eine Bedingung der Gegenseitigkeit geknüpft werden. Andere objektive Umstände zur Rechtfertigung habe die französische Regierung nicht angeführt, weshalb die Regelung eine untersagte mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstelle. Damit sei die Abhängigkeit der Zulässigkeit der Geltendmachung von Urheberrechtsschutz in einem Mitgliedstaat von einem Unterscheidungsmerkmal, das auf dem Ursprungsland des Werkes beruht, als Verstoß gegen Art. 12 EGV anzusehen.

Das Urteil zeigt einmal mehr, dass das Gemeinschaftsrecht auch einzelne Regelungen völkerrechtlicher Abkommen, an denen auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, verdrängen kann.

²⁷ Vgl. auch EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, *Phil Collins u.a.*, Slg. 1993, I-5145, Rz. 27.

²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, Slg. 2003, I-10391, Rz. 61. Eine Besprechung dieses Urteils – allerdings unter dem Gesichtspunkt der Auslegung der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV – findet sich auch bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003 (Fn. 1), 85 (98 f.).

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)²⁹

I. Einreise und Aufenthalt

1. Verhältnis der Bestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens zum gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrecht (Rs. C-503/03, *Kommission ./. Spanien*)

a) Sachverhalt und Urteil

Grundlegende Fragen des Verhältnisses des gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechts zu den im Rahmen von „Schengen“ bestehenden Regelungen wirft die Rs. C-503/03³⁰ auf. Der Fall betraf einen Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet ist und dessen Aufenthalt somit in den Schutzbereich der gemeinschaftlichen Freizügigkeitsvorschriften (insbesondere der RL 64/221) fällt. Der EuGH stellte fest, dass dem drittstaatsangehörigen Ehegatten die Einreise nicht allein aus dem Grund verweigert werden kann, dass er nach Art. 96 SDÜ zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben ist. Denn in einem solchen Fall sei der in Art. 5, 15 SDÜ angelegte „Automatismus“ der Einreiseverweigerung bei entsprechender Ausschreibung nicht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar, die nach Art. 134 SDÜ gegenüber dem SDÜ vorrangig seien. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften stellten nämlich darauf ab, dass das persönliche Verhalten der betreffenden Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, was in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert und hat über das Recht der Freizügigkeit hinaus grundlegende Bedeutung. Es wirft aber auch einige Fragen auf.

- Zunächst stellt der EuGH ausdrücklich klar, dass alle sich aus dem Schengener Besitzstand ergebenden Verpflichtungen nur dann anwendbar sind, wenn sie mit dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Dieser in Art. 134 SDÜ angelegte Grundsatz impliziert letztlich eine weitere Hierarchisierung des gemeinschaftlichen Primär- und Sekundärrechts: Denn die in „Schengen“ vorgesehenen Pflichten stehen damit im Rang unter dem Primärrecht und grundsätzlich auch dem Sekundärrecht, wenn auch in Bezug auf Letzteres die Frage noch offen ist, ob dies für alle Sekundärrechtsakte oder nur für bestimmte (etwa Richtlinien und Verordnungen) gelten soll. Die Formulierung des EuGH, der ausdrücklich allgemein auf die „gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen“ abstellt, legt die Annahme nahe, dass der Gerichtshof von der ersten Variante ausgeht. Damit steht also die Anwendung des Schengener Besitzstandes allgemein unter einem Vorbehalt der Verein-

²⁹ S. über die im Text aufgeführten Urteile hinaus noch EuGH, Urteil v. 2.6.2005, Rs. C-136/03, *Dörr und Ünal*, noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, Urteil v. 2.6.2005, Rs. C-454/04, *Kommission ./. Luxemburg*, noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, Urteil v. 21.2.2006, Rs. C-286/03, *Hosse*, noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, Urteil v. 16.2.2006, Rs. C-137/04, *Rockler*, noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, Urteil v. 16.2.2006, Rs. C-185/04, *Öberg*, noch nicht in amtl. Slg.

³⁰ EuGH, Urteil v. 31.1.2006, Rs. C-503/03, *Kommission ./. Spanien*, noch nicht in amtl. Slg.

- barkeit mit Primär- und Sekundärrecht, der sich übrigens auch auf die gemeinschaftlichen Grundrechte erstrecken dürfte.
- Fraglich ist, ob dieser Vorbehalt auch dann gilt, wenn der Schengen-Besitzstand durch den Gemeinschaftsgesetzgeber modifiziert und weiterentwickelt wird. Dagegen könnte sprechen, dass der Vorbehalt des Art. 134 SDÜ klar vor dem Hintergrund der völkerrechtlichen Entstehung dieses Abkommens zu sehen ist und im Falle der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes ein „qualitativ“ anderes Recht entsteht, da die gemeinschaftsrechtlichen Mechanismen angewandt werden. Die überzeugenderen Gründe dürften jedoch gegen diesen Ansatz sprechen: Zunächst wurde Art. 134 SDÜ ja in das Unionsrecht übernommen und existiert nach wie vor, auch nach der Weiterentwicklung des Schengener Besitzstandes. Zwar bezieht er sich ausdrücklich nur auf die „Bestimmungen dieses Übereinkommens“; der Schengen-Besitzstand bleibt jedoch eine eigene Kategorie des Unionsrechts (etwa in Bezug auf Beteiligungsregeln oder Entscheidungsmechanismen³¹), für den in verschiedener Hinsicht besondere Bestimmungen gelten, so dass es nahe liegt, Art. 134 SDÜ sinngemäss auch auf die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes anzuwenden, zumal sich die Weiterentwicklung häufig auf der Grundlage des bestehenden Besitzstandes gestalten wird und dieser damit in gewisser Weise (teilweise) fortwirkt. Nicht zu verkennen ist aber, dass damit eine zusätzliche, an sich „systemfremde“ Hierarchisierung im Unionsrecht eingeführt bzw. fortgeschrieben wird, die allerdings auch mit der Sonderstellung des Schengen-Besitzstandes im Unionsrecht zusammenhängt.
 - Schliesslich sei noch auf die Konsequenzen des in Art. 134 SDÜ vorgesehenen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts hingewiesen: Dieser impliziert nach dem Urteil des EuGH zunächst, dass die Mitgliedstaaten den Schengen-Besitzstand gemeinschaftsrechtskonform anzuwenden haben. Für die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS bedeutet dies, dass der ausschreibende Mitgliedstaat bei der Ausschreibung auch die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu beachten hat. Die anderen Mitgliedstaaten dürfen bei der Konsultation des SIS das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berührt, durch die Anwesenheit der entsprechenden Person nicht ohne weitere Prüfung „automatisch“ annehmen. Vielmehr haben sie das Vorliegen einer solchen Gefahr selbst (nochmals) nachzuprüfen, ggf. unter Konsultation des ausschreibenden Mitgliedstaates. Diese „Doppelprüfungspflicht“ überrascht zunächst insofern, als das Gemeinschaftsrecht ansonsten grundsätzlich davon ausgeht, dass den durch die anderen Staaten vorgenommenen Abklärungen zu vertrauen ist. Aus dogmatischer Sicht dürfte der Hintergrund dieser im Ergebnis überzeugenden Sicht des EuGH zum einen darin zu sehen sein, dass die Pflicht zur Feststellung des Bestehens einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Falle einer Einreiseverweigerung jeden einzelnen Mitgliedstaat trifft, so dass diese ihr jeweils einzeln nachkommen müssen. Zum anderen ist der gemeinschaftliche Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ein of-

³¹ Hierzu etwa *Astrid Epiney*, Der freie Personenverkehr und seine Folgen, in: Bussek/Hummer (Hrsg.), Etappen auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, 2004, 113 (117 ff.).

ferner, der – immer im Rahmen der gemeinschaftsrechtlich gezogenen Grenzen – von den Mitgliedstaaten ausgefüllt werden kann, so dass eine Person in einem Mitgliedstaat als eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesehen werden kann, in einem anderen hingegen nicht.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil ist in der Sache auch im Verhältnis Schweiz-EU zu übernehmen. Die durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte dürfen gemäss Art. 5 Anhang I ebenfalls nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Dabei sind insbesondere auch die Richtlinie 64/221 und die bis zum 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung hierzu zu berücksichtigen³². Nach Art. 2 des Schengener Assoziierungsabkommens (SAA)³³ werden die in den Anhängen aufgeführten Bestimmungen des Schengen-Besitzstands, die für die Mitgliedstaaten der EU gelten, auch von der Schweiz umgesetzt und angewendet. Des Weiteren ist die Schweiz grundsätzlich verpflichtet, neues Recht der EU in diesem Bereich zu übernehmen, sofern keine Ausnahme greift³⁴. Daraus lässt sich schliessen, dass die Bestimmungen des Schengen-*Acquis* in der Schweiz grundsätzlich gleich wie innerhalb der EU auszulegen sind, so dass die sich aus den Freizügigkeitsrechten ergebenden Beschränkungen ebenfalls anzuwenden sind. Dadurch ist auch das in Art. 8 SAA formulierte Ziel einer möglichst einheitlichen Anwendung und Auslegung des Schengen-*Acquis* durch die Vertragsparteien zu erreichen. Schliesslich entspricht diese Auslegung auch Art. 12 SAA, wonach dieses Abkommen in keiner Weise die bestehenden und künftigen Abkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits berührt. Zwar haben FZA und SAA als völkerrechtliche Verträge grundsätzlich den gleichen Rang in der schweizerischen Rechtsordnung, aber über die Berücksichtigung der Auslegung der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften wird die angesprochene Hierarchisierung innerhalb des Unionsrechts *de facto* auch für das Abkommensrecht übernommen.

2. Inhaftnahme und Abschiebung von Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates ohne Ausweispapiere (Rs. C-215/03, *Oulane*)

a) Sachverhalt und Urteil

³² Vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts hierzu z.B. BGE 129 II 215; BGE 130 II 176; BGE 130 II 493; Urteil vom 20.12.2004, 2A.496/2004; Urteil vom 30.8.2004, 2A.391/2003; Urteil vom 28.4.2005, 2A.749/2004; ausserdem Urteil B 2005/63 des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 16.8.2005.

³³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), SR 0.360.268.1.

³⁴ Zu den Einzelheiten vgl. Art. 7 SAA.

Der Fall *Oulane*³⁵ drehte sich um die zweimalige Verhaftung sowie die Abschiebung eines französischen Staatsangehörigen in den Niederlanden, nachdem dieser keine Ausweispapiere bei sich getragen hatte. Der Betroffene verlangte anschliessend Schadensersatz und machte die Rechtswidrigkeit der Haftmassnahmen geltend.

Der EuGH befand, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung des Aufenthaltsrechts eines Dienstleistungsempfängers, der Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates ist, nicht davon abhängig machen könne, dass der Betroffene einen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorlege, sofern seine Identität und seine Staatsangehörigkeit zweifelsfrei mit anderen Mitteln nachgewiesen werden könnten. Zudem sei es mit Art. 49 EGV unvereinbar, wenn in einem Mitgliedstaat die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten verpflichtet würden, zum Nachweis ihrer Staatsangehörigkeit einen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorzulegen, wenn in diesem Mitgliedstaat für die eigenen Staatsangehörigen keine allgemeine Ausweispflicht gelte, sondern es diesen erlaubt sei, ihre Identität mit jedem nach nationalem Recht zulässigen Mittel nachzuweisen.

Die Inhaftnahme eines Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates zum Zweck der Abschiebung, die wegen der unterbliebenen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses angeordnet wird, verstosse gegen Art. 49 EGV. Es sei aber Sache der Angehörigen eines Mitgliedstaates, die sich als Dienstleistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat aufhielten, die Nachweise dafür zu erbringen, dass ihr Aufenthalt ordnungsgemäss sei. Werde ein solcher Nachweis nicht erbracht, könne der Aufnahmemitgliedstaat unter Beachtung der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen ihre Abschiebung anordnen.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Natürliche Personen, die sich als Empfänger grenzüberschreitender Dienstleistungen in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begeben, haben dort ein Aufenthaltsrecht nach Art. 5 Abs. 3 FZA. Die Einreise ist nach Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zu gestatten. Dies sagt allerdings noch nichts darüber aus, ob diese Person verpflichtet werden kann, die für die Einreise erforderlichen Identitätspapiere immer bei sich zu führen. Da das Aufenthaltsrecht der Dienstleistungsempfänger an die entsprechende Gewährleistung aus Art. 49 EGV angelehnt ist, dürfte die Auslegung des EuGH im Urteil *Oulane* auch auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein. Zwar handelt es sich insofern um eine neue Rechtsprechung, als die konkrete Fragestellung vom EuGH zuvor noch nicht entschieden worden war, aber letztlich wendet der Gerichtshof nur seine bisherige Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot des Art. 49 EGV an und konkretisiert diese somit. Demzufolge dürfte es auch mit dem Freizügigkeitsabkommen nicht vereinbar sein, wenn eine Vertragspartei die Angehörigen einer anderen Vertragspartei der Verpflichtung unterwirft, zum Nachweis ihrer Staatsangehörigkeit einen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorzulegen, wenn in diesem Staat für die eigenen Staatsangehörigen keine allgemeine Ausweispflicht gilt, sondern diesen erlaubt ist, ihre Identität mit jedem nach nationalem Recht zulässigen Mittel nachzuweisen.

³⁵ EuGH, Rs. C-215/03, *Oulane*, Slg. 2005, I-1215.

3. Aufenthaltserlaubnis für Familienangehörige aus Drittstaaten (Rs. C-157/03, *Kommission ./. Spanien*)

a) Sachverhalt und Urteil

In Spanien war die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Gemeinschaftsbürgers sind, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, von der Einholung eines Aufenthaltsvisums abhängig. Die Erteilung dieses Visums nahm mitunter mehr als sechs Monate in Anspruch.

Der Gerichtshof hielt in seinem Urteil in der Sache *Kommission ./. Spanien*³⁶ das Erfordernis eines solchen Aufenthaltsvisums und dementsprechend die Weigerung, einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Gemeinschaftsbürgers ist, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, weil er zuvor ein Aufenthaltsvisum beim spanischen Konsulat seines letzten Wohnortes hätte beantragen müssen, für eine mit den Bestimmungen der RL 68/360, 73/148 und 90/365 unvereinbare Massnahme. Spanien habe damit die entsprechenden Richtlinien nicht ordnungsgemäss umgesetzt. Zudem habe das Land gegen die Bestimmungen der RL 64/221 verstossen, nach denen die Aufenthaltserlaubnis innerhalb kürzester Frist, spätestens jedoch innerhalb von sechs Monaten, zu erteilen ist.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In der Schweiz gelten derzeit für Familienangehörige und Dienstleistungserbringer (bei Entsendung), die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EG oder der EFTA besitzen, bei der Einreise in die Schweiz die allgemeinen Visumvorschriften der Artikel 3 und 4 der Verordnung vom 14. Januar 1998 über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA)³⁷. Dies ergibt sich aus Art. 7 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP)³⁸.

Das vorliegende Urteil dürfte jedoch auch für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens von Bedeutung sein. Denn die für die Entscheidung massgeblichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts wurden durch das Abkommen übernommen. Nach Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA müssen die Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens den Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien und deren Familienangehörigen die Einreise gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses gestatten. Ein Einreisevisum oder ein gleichwertiger Nachweis darf nicht verlangt werden, ausser im Fall von Familienangehörigen und entsandten Arbeitnehmern. Die Vertragsparteien müssen alle Erleichterungen für die Beschaffung der gegebenenfalls

³⁶ EuGH, Rs. C-157/03, *Kommission ./. Spanien*, Slg. 2005, I-2911. Vgl. aus demselben Berichtsjahr auch den ähnlich gelagerten Fall EuGH, Urteil v. 27.10.2005, Rs. C-165/05, *Kommission ./. Luxemburg*, noch nicht in amtl. Slg.

³⁷ SR 142.211.

³⁸ Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation, SR 142.203. Vgl. auch Ziffer 2.2.2 der Weisungen VEP.

benötigten Visa gewähren. Diese Vorschriften entsprechen genau Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinien 68/360 und 73/148, auf die sich das Urteil bezieht. Desweiteren übernimmt Art. 3 Abs. 3 Anhang I nahezu wörtlich die Bestimmungen des Art. 4 Abs. 2 der RL 68/360, welcher abschliessend regelt, welche Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis verlangt werden können.

Aus dem im Abkommen übernommenen Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie 68/360, wonach die „Mitgliedstaaten (...) den genannten Personen zur Erlangung der erforderlichen Sichtvermerke alle Erleichterungen“ gewähren, hatte der EuGH bereits im Urteil *MRAX*³⁹ geschlossen, dass das Visum unverzüglich und nach Möglichkeit an den Einreisestellen in das nationale Hoheitsgebiet zu erteilen ist. Anderenfalls wäre die volle Wirksamkeit der RL 68/360 beeinträchtigt. In Anbetracht der Bedeutung, die der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Schutz des Familienlebens beigemessen hat, sei die Zurückweisung jedenfalls dann unverhältnismässig und damit untersagt, wenn der Staatsangehörige eines Drittstaats, der mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats verheiratet ist, seine Identität und die Ehe nachweisen kann und wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass er eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Artikel 10 der Richtlinie 68/360 und Artikel 8 der Richtlinie 73/148 darstellt.

Zwar handelt es sich bei den beiden zitierten Urteilen insofern um eine neue Rechtsprechung, als die konkrete Fragestellung vom EuGH zuvor noch nicht entschieden worden war. Letztlich aber wendet der Gerichtshof im Wesentlichen nur seine bisherige Rechtsprechung zu den Freizügigkeitsrechten an und konkretisiert diese somit. Insbesondere ergibt sich auch aus der früheren Rechtsprechung, dass die Vorschriften der genannten Richtlinien so auszulegen sind, dass sie ihre volle Wirksamkeit entfalten. Daher dürften die an die Richtlinien angelehnten Vorschriften des Abkommens ebenso wie diese auszulegen sein.

II. Rückwirkungen des Freizügigkeitsrechts auf den Zugang zu staatlichen Leistungen

1. Gewährung von Überbrückungsgeld (Rs. C-258/04, *Ioannidis*)

a) Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-258/04⁴⁰ ging es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats ein sog. Überbrückungsgeld – das die Zeit zwischen dem Abschluss einer Ausbildung und dem Antritt der ersten Stelle überbrücken soll – mit der Begründung versagen kann, dass der Betroffene seine höhere Schulbildung in einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen hat. Der EuGH führte hier seine Rechtsprechung⁴¹ fort und stellte fest, dass sich eine Person auf Beschäftigungssuche in einem anderen Mitgliedstaat in Bezug auf die Leistung von Überbrü-

³⁹ EuGH, Rs. C-459/99, *MRAX*, Slg. 2002, I-6591, Rz. 60. Jetzt bestätigt durch EuGH, Rs. C-157/03, *Kommission ./. Spanien*, Slg. 2005, I-2911, Rz. 33.

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 15.9.2005, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, noch nicht in amtl. Slg.

⁴¹ S. insbesondere EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703; s. auch EuGH, Rs. C-224/09, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191.

ckungsgeld auf das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EGV berufen könne. Zwar sei es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, sich einer tatsächlichen Beziehung zwischen demjenigen, der Überbrückungsgeld beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt zu vergewissern. Ein alleiniges Abstellen auf den Ort der Erlangung des Schulabgangszeugnisses sei jedoch zu allgemein und ausschliesslich, so dass offenbar sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit verneint wird. Bemerkenswert ist auch, dass der EuGH bei der Prüfung einer materiellen Diskriminierung ausdrücklich darauf abstellt, dass eine Regelung die Gefahr in sich birgt, dass hauptsächlich die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten benachteiligt werden. Man wird hieraus ableiten können, dass der Gerichtshof offenbar davon ausgeht, dass ein irgendwie gearteter statistischer Nachweis für die Feststellung einer materiellen Diskriminierung gerade nicht erforderlich ist, sondern allein auf den Regelungsinhalt (aus diesem muss sich ergeben, dass die Gefahr der überwiegenden Benachteiligung von Ausländern besteht) abzustellen ist. Dies ist angesichts der inhärenten Schwächen eines „quantitativen Ansatzes“⁴² auch überzeugend.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sofern der EuGH bei der Prüfung einer materiellen Diskriminierung ausdrücklich darauf abstellt, dass eine Regelung die Gefahr in sich birgt, dass hauptsächlich die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten benachteiligt werden, lässt sich das Urteil auf die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens übertragen. Denn in der Sache findet sich die gleiche Definition bereits in der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung⁴³.

Ein Anspruch auf Leistungen wie dem Überbrückungsgeld dürfte dennoch im Abkommen nicht enthalten sein. Zwar haben die Staatssangehörigen der Vertragsparteien nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA das Recht, sich zum Zwecke der Arbeitssuche in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu begeben und dort bis zu sechs Monaten aufzuhalten⁴⁴. Die Arbeitssuchenden haben in diesem Staat des Weiteren Anspruch auf die gleiche Hilfe, wie sie die Arbeitsämter den eigenen Staatsangehörigen leisten. Sie können jedoch gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 3 Anhang I FZA während der Dauer des Aufenthalts zur Arbeitssuche von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden. Diese ausdrückliche Ausnahme dürfte im vorliegenden Fall einer Übertragung der Rechtsprechung auf das Abkommen entgegenstehen, da auch das Überbrückungsgeld als eine Form der Sozialhilfe anzusehen ist.

2. Erstattung von Reisekosten an Rechtsreferendare (Rs. C-109/04, *Kranemann*)

⁴² Wie viele Personen müssen betroffen sein (50,1 %, 60 %, 70 % oder 80 %)? Häufig werden auch verlässliche statistische Angaben fehlen.

⁴³ Vgl. EuGH, Rs. C-237/94, *O'Flynn*, Slg. 1996, I-2617, Rn. 18.

⁴⁴ Der Zeitraum von sechs Monaten ist bei begründeter Aussicht, eine Stelle zu finden, zu verlängern, vgl. EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Slg. 1991, I-745.

a) Sachverhalt und Urteil

Die Rechtssache C-109/04⁴⁵ betrifft die Erstattung von Reisekosten an deutsche Juristen im Vorbereitungsdienst (Referendariat). Herr *Kranemann* war im Rahmen seines Rechtsreferendariats vier Monate bei einer Anwaltskanzlei in London ausgebildet worden. Während dieser Zeit hatte er neben seinen Anwarterbezügen eine Trennungsentschädigung erhalten. Seinem Antrag auf Erstattung der Reisekosten wurde jedoch nur in Höhe von 83,25 Euro stattgegeben, da die einschlägige Verordnung die Reisekostenerstattung auf den für die Hin- und Rückreise zum deutschen Grenzort erforderlichen Betrag beschränkte und Aachen, der Wohnort von Herrn *Kranemann*, als inländischer Grenzort angesehen wurde. Das letztinstanzlich zuständige Bundesverwaltungsgericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die entsprechende Regelung mit Art. 39 EGV (Art. 48 EGV a.F.) vereinbar sei.

Der Gerichtshof stellte zunächst klar, dass auch Rechtsreferendare Arbeitnehmer seien, da sie eine tatsächliche und echte Tätigkeit in einem Lohn- und Gehaltsverhältnis ausübten. Die Bezeichnung ihrer Vergütung als „Unterhaltsbeihilfe“ habe keine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft⁴⁶. Die in Rede stehende Regelung führe dazu, dass Referendare, die ihren Vorbereitungsdienst innerhalb Deutschlands ableisteten, unabhängig von der Entfernung zu ihrem Wohnsitz Anspruch auf Erstattung ihrer Reisekosten hätten, während diejenigen, die einen Teil ihrer Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten, den Teil der Reisekosten selbst tragen müssten, der der Strecke ausserhalb Deutschlands entspricht. Somit errichte sie ein finanzielles Hindernis insbesondere für Rechtsreferendare, deren finanzielle Mittel begrenzt seien, und sei geeignet, diese davon abzuhalten, eine Ausbildungsstation in einem andern Mitgliedstaat anzutreten. Eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit liege somit vor.

Eine Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung lehnte der Gerichtshof im Ergebnis ab: Rein wirtschaftliche Motive – wie Haushaltserwägungen – könnten keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen; ausserdem könnten die Reisekosten innerhalb Deutschlands im Einzelfall sogar höher sein als die Kosten einer Reise in einen anderen Mitgliedstaat. Daher stehe Art. 39 EGV einer nationalen Regelung wie der beschriebenen entgegen.

Die Entscheidung des EuGH ist in der Literatur auf Kritik gestossen und als „Luxusrechtsprechung“ bezeichnet worden.⁴⁷ Es liege schon kein Eingriff vor, da der Staat nicht ein Hindernis für die Ausübung der Freizügigkeit aufstelle. Vielmehr verpflichtete das Urteil den Staat dazu, die Ableistung des Referendardienstes im Ausland durch eine zusätzliche finanzielle Leistung, die nur den ins Ausland gehenden Personen gewährt werde, zu fördern. Dadurch würden jedoch die Grundfreiheiten zu einer aktiven staatlichen finanziellen Förderungspflicht ausgeweitet. Dem ist entgegenzuhalten, dass jedenfalls die konkret in Frage stehende Regelung bewirkt, dass eine finanzielle Leistung nur unter der Bedingung gewährt wird, dass der Betroffene nicht von

⁴⁵ EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, Slg. 2005, I-2421.

⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, 1035, Rz. 16; EuGH, Rs. 344/87, *Bettray*, Slg. 1989, 1621, Rz. 16; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rz. 16. S. zu letzterem Urteil auch *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (45 f.).

⁴⁷ Vgl. *Matthias Pechstein*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-109/04, JZ 2005, 943 (944).

seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, und dadurch die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv macht. Es ist zwar denkbar, dass die Beschränkung der erstattungsfähigen Reisekosten auf einen bestimmten Betrag durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein könnte. Die Beschränkung auf die Reisekosten bis zum nächsten Grenzort ist aber nicht erforderlich, wenn bei einem innerstaatlichen Einsatz Reisekosten in grösserer Höhe ersetzt werden können, wie dies hier unbestrittenermassen der Fall war.

Da sich die deutschen Länder nun auf höhere Ausgaben für Reisekosten einstellen müssen, könnte dies ein Ende der Möglichkeit bedeuten, die Referendarsausbildung teilweise im Ausland zu absolvieren. Zudem könnte eine fachgerechte Ausbildung im Ausland nicht gewährleistet sein, da jeder Referendar seinen Ausbildungsort selbst wählen könne. Trotz der finanziellen Herausforderung, vor der die Länder nun stehen, ist dem Urteil in der Sache aber zuzustimmen: Rein wirtschaftliche Erwägungen können nicht zur Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Freizügigkeit angeführt werden. Dass Reisekosten im Inland – die im Einzelfall sogar höher sein können als Reisekosten ins benachbarte Ausland – erstattungsfähig sein sollen, nicht aber Reisekosten für Auslandsaufenthalte, ist übrigens auch aus nationaler Perspektive fragwürdig. Denn die Regelung widerspricht dem Ziel der Förderung der Mobilität und der Ermöglichung einer internationaleren Ausbildung deutscher Juristen, was sich letztlich etwa auch negativ auf die Repräsentation Deutschlands in der EU und Internationalen Organisationen auswirken kann. Insbesondere finanziell schwächer gestellten Referendaren, die sich einen Auslandsaufenthalt nicht leisten können, kommt das EuGH-Urteil wirklich zugute. Selbst wenn eine fachgerechte Ausbildung im Ausland in einzelnen Fällen tatsächlich nicht gewährleistet sein sollte (was *nota bene* auch bei einer Wahlstation im Inland nicht ausgeschlossen ist), rechtfertigt dies jedenfalls nicht eine Kürzung der Reisekostenerstattung für alle im Ausland ausgebildeten Referendare. Ob die Entscheidung für eine Auslandsstation im Übrigen aus Gründen der fachlichen Spezialisierung erfolgt oder aus persönlichen, wie der Absicht, Erfahrungen in einer anderen Rechtskultur und Gesellschaft zu sammeln, darf dabei keine Rolle spielen.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Ebenso wie das Gemeinschaftsrecht gewährt das Abkommen in Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 UAbs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA den Arbeitnehmern das Recht, ihr Herkunftsland zu verlassen, um sich zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in das Gebiet einer anderen Vertragspartei zu begeben und sich dort aufzuhalten. Gemäss der zu berücksichtigenden Rechtsprechung des EuGH enthält das Freizügigkeitsabkommen jedenfalls insofern ein Verbot auch nicht diskriminierender Beschränkungen der Freizügigkeit⁴⁸. Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen einer Vertragspartei daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen demnach eine

⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs. 415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rz. 95 f. Zur Frage des Beschränkungsverbots s. ausserdem auch *Epiney/Mosters*, in: *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen* (Fn. 15), 57 (64 ff.).

Beeinträchtigung der Rechte aus dem Abkommen dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden. Das hier besprochene Urteil wendet insofern und auch im Übrigen lediglich die Grundsätze der früheren Rechtsprechung auf einen neuen Sachverhalt an und lässt sich deshalb auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen. Dies hat insbesondere zur Folge, dass Reisekosten eines Referendars gemäss den Grundsätzen des Urteils auch dann zu erstatten sind, wenn er seine Auslandsstation bei einer Stelle in der Schweiz ableistet.

III. Steuerliche Aspekte

1. Berücksichtigung von steuerlichen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung in einem anderen Mitgliedstaat (Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*)

a) Sachverhalt und Urteil

Um die Nichtberücksichtigung ausländischer Verluste bei der Festsetzung des Steuersatzes ging es in der Rs. C-152/03⁴⁹. Die Eheleute *Ritter-Coulais* arbeiteten in Deutschland als Lehrer und erzielten dabei Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit. Sie wohnten in einem Einfamilienhaus in Frankreich, wobei sich aus der Eigennutzung der Immobilie ein steuerlicher Verlust ergab. Das Ehepaar beantragte die Berücksichtigung der Verluste in Deutschland im Rahmen des negativen Progressionsvorbehaltes bei der Festsetzung des Steuersatzes, was ihnen von der Finanzverwaltung verwehrt wurde. Nach der deutschen Regelung hatten natürliche Personen, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit in Deutschland beziehen und dort unbeschränkt steuerpflichtig sind, keinen Anspruch darauf, dass bei der Festsetzung des Steuersatzes für diese Einkünfte in Deutschland Verluste aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden, die sich auf ein von ihnen selbst zu Wohnzwecken genutztes Wohnhaus in einem anderen Mitgliedstaat beziehen, während positive Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bezüglich eines solchen Hauses berücksichtigt wurden. Der EuGH entschied, dass die deutsche Regelung über die steuerliche Absetzbarkeit von Verlusten aus Immobilienbesitz nicht mit Art. 39 EGV vereinbar sei, da sie gebietsfremde Arbeitnehmer benachteilige und auch durch die Kohärenz des nationalen Steuersystems nicht gerechtfertigt sei.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Wie bereits erwähnt, verbietet das Freizügigkeitsabkommen ebenfalls Diskriminierungen im Bereich des Steuerrechts. Die Art. 2 und 7 lit. a) FZA sowie Art. 9 Abs. 2, 15 und 19 Anhang I FZA lehnen sich an die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote der Art. 12, 39 Abs. 2 und 50 Abs. EGV sowie Art. 7 Abs. 2 VO

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 21.2.2006, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais* ./ *Finanzamt Germersheim*, noch nicht in amtl. Slg.

1612/68 an, so dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens zu diesen Bestimmungen ergangene Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 EGV bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen ist. Das hier vorliegende Urteil stellt in der Sache keine Änderung gegenüber der früheren Rechtsprechung dar, sondern wendet diese lediglich auf den neuen Sachverhalt an. Daher liegt es nahe, diese Auslegung auch für das Freizügigkeitsabkommen zu übernehmen.

2. Zulassungsverpflichtung für Firmenfahrzeuge (Rs. C-464/02, *Kommission ./. Dänemark* und verb. Rs. C-151/04 und C-152/04, *Nadin und Nadin Lux*)

a) Ausgangssituation und Urteile

Den Rs. C-464/02⁵⁰ und verb. Rs. 151/04 und 152/04⁵¹ lagen weitgehend parallele Situationen zugrunde⁵²:

Die Kommission hatte im ersten Fall ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Dänemark eingeleitet, weil dort die Benutzung im Ausland zugelassener Firmenfahrzeuge an die Erteilung einer besonderen Erlaubnis geknüpft und die Erteilung der Erlaubnis von der Entrichtung einer Steuer abhängig war. Die Zahlung der Steuer war nur zulässig, wenn die Beschäftigung bei dem Unternehmen oder der Betriebsstätte die Haupterwerbstätigkeit der entsprechenden Person darstellte. Der Gerichtshof stellte fest, dass Dänemark erstens gegen Art. 39 EGV verstossen habe, weil seine Rechtsvorschriften und seine Verwaltungspraxis es nicht zuliesse, dass Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Dänemark, die in einem anderen Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgehen, die nicht ihre Haupterwerbstätigkeit darstellt, ein Firmenfahrzeug beruflich und privat nutzen, das in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen ist, in dem das Unternehmen ihres Arbeitgebers seinen Sitz hat. Zweitens habe Dänemark aber auch dadurch gegen Art. 39 EGV verstossen, dass seine Rechtsvorschriften und seine Verwaltungspraxis es nur dann zuliesse, dass Arbeitnehmer mit einem Wohnsitz in Dänemark, die in einem anderen Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgehen, ein Firmenfahrzeug beruflich oder beruflich und privat nutzen, das in diesem anderen Mitgliedstaat zugelassen ist und das nicht dauerhaft in Dänemark genutzt wird, wenn die Arbeit bei diesem Arbeitgeber ihre Haupterwerbstätigkeit darstelle und für die Nutzung eine Steuer gezahlt werde.

Dem zweiten Fall, einem Vorabentscheidungsverfahren, lagen zwei Strafverfahren gegen in Belgien wohnhafte Personen wegen Verstosses gegen eine belgische Regelung zugrunde. Nach dieser Regelung mussten die Firmenfahrzeuge der Betroffenen, die ihnen von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen überlassen worden waren, in Belgien zugelassen sein. Hier prüfte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 43 EGV, da nach der fraglichen Regelung in Belgien wohnhafte

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 15.9.2005, Rs. C-464/02, *Kommission ./. Dänemark*, noch nicht in amtl. Slg.

⁵¹ EuGH, Urteil v. 15.12.2005, verb. Rs. C-151/04 und C-152/04, *Nadin und Nadin Lux*, noch nicht in amtl. Slg.

⁵² Vgl. zu dieser Thematik auch bereits EuGH, Rs. C-451/99, *Cura Anlagen*, Slg. 2002, I-3191.

Arbeitnehmer mit ihrem Dienstwagen in Belgien fahren durften, ohne dass eine Zulassungspflicht bestand; die Zulassungspflicht bestand also nur für Selbständige. Letztlich stellte der EuGH auch hier fest, dass die beschriebene nationale Regelung gegen Art. 43 EGV verstosse, wenn das Fahrzeug weder im Wesentlichen dauerhaft in Belgien genutzt werden soll noch tatsächlich so genutzt wird.

Die beiden Urteile zeigen, dass auch die Modalitäten der Ausübung einer Tätigkeit geeignet sein können, den Zugang zu dieser Tätigkeit zu beeinflussen. So können sich auch Regelungen über die Zulassung von Kfz als Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (bzw. bei Selbständigen der Niederlassungsfreiheit) auswirken.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Der EuGH wendet in diesen Urteilen im Wesentlichen seine frühere Rechtsprechung auf neue Sachverhalte an und präzisiert diese lediglich. Zwar stellt der EuGH neben dem Vorliegen einer Diskriminierung auch auf die beschränkende Wirkung der Massnahmen ab. Da von diesen aber tendenziell eher Ausländer betroffen sein werden, liegt hier auch eine materielle Diskriminierung vor, so dass es auf die Frage, inwieweit das Freizügigkeitsabkommen auch blosse Beschränkungen der Freizügigkeit verbietet, nicht ankommt. Die Urteile dürften in der Sache somit auch auf die Auslegung des Abkommens übertragbar sein.

Allerdings weist der Gerichtshof selbst darauf hin, dass die Verkehrssicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, der eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit rechtfertigen kann⁵³. Die Anordnung zusätzlicher Untersuchungen für die Zulassung im Inland ist demnach zulässig, sofern diese Untersuchungen nicht bereits von einer Bescheinigung über die technische Überwachung umfasst sind, die in dem anderen Staat anzuerkennen ist. Ist ein Kraftfahrzeug in einem Mitgliedstaat der EG einer technischen Untersuchung unterzogen worden, so müssen die anderen Mitgliedstaaten nach dem in Artikel 3 Absatz 2 RL 96/96/EG⁵⁴ niedergelegten Grundsatz der Gleichwertigkeit und der gegenseitigen Anerkennung die hierüber erteilte Bescheinigung anerkennen, sind aber nicht daran gehindert, zusätzliche Untersuchungen für die Zulassung des Fahrzeugs im Inland vorzuschreiben, sofern die genannte Bescheinigung diese Untersuchungen nicht bereits umfasst. Da die genannte Richtlinie im Verhältnis zur Schweiz nicht anwendbar ist, ist die Verpflichtung zur Zulassung zulässig, soweit sie den Zweck der Verkehrssicherheit verfolgt und hierfür erforderlich ist.

IV. Anerkennung von Diplomen und Berufspraxis

⁵³ Vgl. hierzu und zum folgenden EuGH, Urteil v. 15.12.2005, verb. Rs. C-151/04 und C-152/04, *Nadin und Nadin Lux*, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 50 ff. (m.w.N.).

⁵⁴ RL 96/96/EG des Rates vom 20. Dezember 1996 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die technische Überwachung der Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger, ABl. 1997, L 46, S. 1.

1. Partielle Anerkennung von Diplomen (Rs. C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*)

a) Sachverhalt und Urteil

Der Rs. C-330/03⁵⁵ lag ein Rechtsstreit zwischen dem *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos* (Kammer der Wege-, Kanal- und Hafenbauingenieure) und der *Administración del Estado* über den Antrag von Herrn *Imo*, eines italienischen Staatsbürgers und Inhabers eines in Italien erworbenen Diploms eines Wasserbauingenieurs, auf Genehmigung des Zugangs zum Beruf des Ingenieurs für Wege-, Kanal- und Hafenbau zugrunde. Der letztgenannte Beruf umfasst allerdings auch Tätigkeiten, die nicht dem Diplom des Antragstellers entsprechen. Letztlich wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es die RL 89/48 erlaube, dass in dieser Konstellation der Aufnahmestaat nur eine begrenzte Anerkennung von beruflichen Qualifikationen eines Antragstellers vornimmt. Im konkreten Fall bedeutete dies, dass Herr *Imo* nur den Beruf eines Ingenieurs im Berufszweig Wasserbau ausüben dürfte. Daran anknüpfend ergab sich die zweite Vorlagefrage, ob es Art. 39 und 43 EGV entgegensteht, wenn der Aufnahmestaat im bezeichneten Fall die Anerkennung der beruflichen Qualifikationen ausschliessen kann, wenn diese Entscheidung die Ausübung des Berufes von zusätzlichen, unverhältnismässigen Anforderungen abhängig macht. In Bezug auf den ersten Aspekt befand der EuGH, dass es die RL 89/48 einem Mitgliedstaat nicht verwehre, dem Antrag auf Ersuchen eines Inhabers eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diploms auf Genehmigung des Zugangs zu einem reglementierten Beruf stattzugeben, indem der Geltungsbereich der Genehmigung auf diejenigen Tätigkeiten beschränkt wird, zu denen das betreffende Diplom in dem Mitgliedstaat, in dem es erworben wurde, Zugang gewährt. Dies ergebe sich aus einer Analyse von Wortlaut, Systematik und allgemeiner Struktur sowie Sinn und Zweck der entsprechenden Richtlinienbestimmungen.

Art. 39 und 43 EGV verwehrten es einem Mitgliedstaat ebenfalls nicht, den partiellen Zugang zu einem Beruf unter der Voraussetzung zu gewähren, dass ggf. vorhandene Lücken durch Ausgleichsmassnahmen wirksam geschlossen werden. Dagegen sei es mit Art. 39 und 43 EGV nicht vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat diesen partiellen Zugang gänzlich verweigert, falls der Betroffene ihn beantragt und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen so erheblich sind, dass eigentlich eine vollständige Ausbildung absolviert werden müsste. Etwas anderes gelte nur, wenn die Verweigerung des partiellen Zugangs durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismässig sei. In dem vorliegenden Fall komme zwar grundsätzlich der Verbraucherschutz als rechtfertigender Grund in Betracht. Allerdings stehe mit der Verpflichtung des Antragstellers, die ursprüngliche Berufsbezeichnung sowohl in der Sprache, in der sie erteilt wurde, als auch in der Amtssprache des Aufnahmestaates zu führen, regelmässig ein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung.

⁵⁵ EuGH, Urteil v. 19.1.2006, Rs. C-330/03, *Colegio*, noch nicht in amtl. Slg.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Abkommen verweist über Art. 9 FZA und Abschnitt A Nr. 1 des Anhangs III FZA auf die RL 89/48, so dass diese „oder gleichwertige Vorschriften“ auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EG anzuwenden sind. Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich insofern wieder um eine neue Rechtsprechung, als die konkrete Fragestellung vom EuGH zuvor noch nicht entschieden worden war. Letztlich aber legt der Gerichtshof die Vorschriften der Richtlinie und die in den hier interessierenden Aspekten ebenfalls übernommenen primärrechtlichen Gewährleistungen der Art. 39 und 43 EGV nur gemäss der bisherigen Rechtsprechung und unter Anwendung der anerkannten Interpretationsmethoden aus. Daher dürfte die Lösung des EuGH auch auf das Abkommen übertragbar sein.

2. Anerkennung von Berufspraxis durch Behörden, Rs. C-278/03 (*Kommission ./. Italien*)

a) Sachverhalt und Urteil

Im Fall *Kommission ./. Italien*⁵⁶ wurde Gemeinschaftsbürgern, die an Auswahlverfahren für das Lehrpersonal an italienischen Schulen teilnahmen, durch die zuständigen Behörden ihre in anderen Mitgliedstaaten erworbene Berufserfahrung nicht oder nicht in gleicher Weise wie in Italien erworbene Berufserfahrung anerkannt. Darin sah der EuGH einen Verstoß Italiens gegen Art. 39 EGV und Art. 3 Abs. 1 der VO EWG Nr. 1612/68.

Damit bestätigte der Gerichtshof einmal mehr, dass sich eine Vertragsverletzung auch aus einer blossen Praxis der zuständigen Behörden ergeben kann, selbst wenn die auf den Fall anwendbare nationale Regelung als solche mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist⁵⁷.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen übernimmt die für die Arbeitnehmer geltenden Diskriminierungsverbote des Gemeinschaftsrechts in Art. 2 FZA und Art. 9 Anhang I FZA. Daraus ergibt sich ebenfalls der Anspruch der Arbeitnehmer auf diskriminierungsfreie Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Berufserfahrung. Dass sich eine Vertragsverletzung auch aus einer blossen Praxis der zuständigen Behörden ergeben kann, entspricht der bisherigen Rechtsprechung und ergibt sich be-

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 12.5.2005, Rs. C-278/03, *Kommission ./. Italien*, Slg. 2005, I-3747. Vgl. aus dem Berichtsjahr auch EuGH, Urteil v. 14.7.2005, Rs. C-141/04, *Peros*, noch nicht in amtl. Slg., in dem der Gerichtshof in einem Verfahren zur Frage der Diplomanerkennung Art. 3a der RL 89/48/EWG für unmittelbar anwendbar erklärte. Ebenso hielt er Art. 3a der RL 92/51/EWG, die die RL 89/48/EWG ergänzen sollte, für unmittelbar anwendbar, vgl. EuGH, Urteil v. 14.7.2005, Rs. C-142/04, *Aslanidou*, noch nicht in amtl. Slg. S. auch EuGH, Urteil v. 20.1.2005, Rs. C-198/04, *Kommission ./. Frankreich*, noch nicht in amtl. Slg.

⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-212/99, *Kommission ./. Italien*, Slg. 2001, I-4923, Rz. 31.

reits daraus, dass alle Träger hoheitlicher Gewalt von der Legislative über alle Formen der Exekutive bis hin zur Judikative an die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen gebunden sind⁵⁸.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 und 49 EGV)⁵⁹

I. Zur Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung auf Art. 49 EGV

1. Abgaben für Telekommunikationsanbieter (Rs. C-544/03 und C-545/03, *Mobistar*)

In den verb. Rs. C-544/03 und C-545/03⁶⁰ ging es u.a. um die Zulässigkeit von Abgaben auf Antennen sowie Sendemasten und -türme für den Mobilfunk, die die Telekommunikationsanbieter zu entrichten hatten. Der EuGH verneinte einen Verstoß gegen Art. 49 EGV, da diese Bestimmung – die als umfassendes Beschränkungsverbot auszulegen sei – nicht Massnahmen erfasse, die lediglich zusätzliche Kosten für die betreffende Leistung verursachten und die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten in gleicher Weise wie deren Erbringung innerhalb des Mitgliedstaats berührten. Um solche Massnahmen handle es sich aber bei den in Frage stehenden Abgaben, da diese unterschiedslos auf alle Eigentümer von Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich dieser Abgabenregelung angewandt werden, und im Übrigen werde die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen nicht stärker beeinträchtigt als die innerstaatliche Erbringung.

Diese Formulierungen erinnern stark an die im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr entwickelte sog. *Keck*-Rechtsprechung⁶¹: Offenbar sollen nationale Rege-

⁵⁸ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891, Rz. 26; EuGH, Rs. C-91/92, *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Rz. 26.

⁵⁹ S. über die im Text aufgeführten Urteile hinaus noch EuGH, Urteil v. 27.10.2005, Rs. C-437/03, *Kommission ./. Österreich*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Urteil v. 27.10.2005, Rs. C-158/03, *Kommission ./. Spanien*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Urteil v. 20.10.2005, Rs. C-505/04, *Kommission ./. Vereinigtes Königreich*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Urteil v. 16.6.2005, Rs. C-104/04, *Kommission ./. Frankreich*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Rs. C-341/02, *Kommission ./. Deutschland*, Slg. 2005, I-2733; EuGH, Rs. C-287/03, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 2005, I-3761.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 8.9.2005, verb. Rs. C-544/03 und C-545/03, *Mobistar*, noch nicht in aml. Slg.

⁶¹ EuGH, verb. Rs. 267/91 und 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097. Vgl. hierzu auch *Christa Tobler*, Endlich: "Keck" im Freien Dienstleistungsverkehr. Einige Anmerkungen zum Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Mobistar & Belgacom*, verb. Rs. C-544/03 und C-545/03 (Urteil des EuGH vom 8. September 2005), *Jus & news* 2005, 159 ff. Allerdings bemisst sich die Zulässigkeit von Abgaben im Bereich des Warenverkehrs an Art. 90 EGV, der lediglich ein Diskriminierungsverbot vorsieht und der dem Art. 28 EGV als Spezialvorschrift vorgeht. Dennoch dürften dem Urteil des EuGH im vorliegenden Falle ähnliche Erwägungen wie bei der *Keck*-Rechtsprechung zu Grunde liegen.

lungen, die aufgrund der Erhöhung der Kosten für eine Leistung eine beschränkende Wirkung auch des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs zeitigen und damit an sich unter das Beschränkungsverbot fielen, unter bestimmten Voraussetzungen nicht vom Tatbestand des Art. 49 EGV erfasst werden: Es handelt sich um eine unterschiedslos anwendbare Massnahme, die ausländische und inländische Anbieter gleich trifft und die grenzüberschreitende Erbringung der Dienstleistungen nicht stärker behindert als die innerstaatliche. Auch wenn der EuGH nicht ausdrücklich an die *Keck*-Rechtsprechung anknüpft, dürfte das Urteil doch im Ergebnis die Übertragung des Grundgedankens der *Keck*-Rechtsprechung mit sich bringen. Interessant ist allerdings, dass der EuGH – im Gegensatz zum freien Warenverkehr – nicht von „Dienstleistungsmodalitäten“ spricht. Daraus dürfte jedoch nicht der Schluss zu ziehen sein, dass die „Produktbezogenheit“ im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs keine Rolle spielen soll. Denn Hintergrund der Entwicklung der *Keck*-Rechtsprechung und wohl auch ihrer Übertragung auf den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs ist es ja, solche Regelungen, die keine Marktabstottungen mit sich bringen und in keinem Zusammenhang mit der Herkunft der Ware oder Dienstleistung stehen, aus dem Tatbestand der Grundfreiheiten auszuschliessen. Sobald Anforderungen jedoch an die Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung anknüpfen, geht es gerade um deren Herkunft, und die Gefahr einer Marktabstottung ist gegeben. In dem Urteil sprach sich der EuGH wohl deshalb nicht ausdrücklich zu dieser Frage aus, weil von vornherein Massnahmen, die nur zusätzliche Kosten verursachen, auf dem Prüfstand standen. Insgesamt kann auf der Grundlage dieses Urteils nunmehr davon ausgegangen werden, dass auch im Anwendungsbereich des Art. 49 EGV die *Keck*-Rechtsprechung Anwendung findet, wobei ihre genaue Reichweite aber noch in der weiteren Rechtsprechung zu präzisieren sein wird.

2. „Werbungssteuer“ für das Anbringen von Plakaten (Rs. C-134/03, *Viacom Outdoor*)

Ansätze zur Heranziehung der *Keck*-Rechtsprechung auch im Rahmen des Art. 49 EGV waren bereits in der Rs. C-134/03⁶² zu erkennen gewesen: Hier ging es um die Erhebung einer „Werbungssteuer“ in einer Gemeinde für das öffentliche Anbringen von Plakaten.

Der EuGH stellte hier zunächst fest, dass eine solche Massnahme unterschiedslos für alle entsprechenden Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer sowie -empfänger gelte. Weiter sei die Abgabe angesichts ihrer Ausgestaltung und Höhe nicht geeignet, die Werbedienstleistungen weniger attraktiv zu machen. Auch wenn der EuGH damit bereits die beschränkende Wirkung verneinen dürfte, ist doch nicht zu verkennen, dass offenbar die unterschiedslose Ausgestaltung der Massnahme sowie ihr fehlender „Produktbezug“ eine Rolle spielen, greift der Gerichtshof doch ausdrücklich auf diese Elemente zurück, bevor er die beschränkende Wirkung verneint.

⁶² EuGH, Rs. C-134/03, *Viacom Outdoor*, Slg. 2005, I-1167.

3. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Inwieweit das Urteil auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar ist, hängt zum einen davon ab, in welchem Umfang die Dienstleistungsfreiheit überhaupt im Rahmen des Abkommens gewährt wird⁶³. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob auf die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ebenfalls die *Keck*-Rechtsprechung analog angewendet werden sollte. Zwar gibt es bereits in der früheren Rechtsprechung des EuGH⁶⁴ Ansätze zur Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Gemeinschaftsrechts, doch dürfte die Frage der Übertragbarkeit vor dem 21.6.1999 noch nicht abschliessend geklärt gewesen sein⁶⁵. Versteht man das Abkommen als streng statisch, dann dürfte die Verweisung auf die bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des EuGH in Art. 16 Abs. 2 FZA es grundsätzlich verbieten, eine spätere Rechtsprechung des EuGH, auch wenn sie die Freizügigkeitsrechte einschränkt, wie dies bei der Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung der Fall ist, ausserhalb des Verfahrens des Art. 16 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FZA zu übernehmen. Sinn und Zweck der Stichtagsregelung in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA dürfte es jedoch sein, die Vertragsparteien und insbesondere die Schweiz davor zu schützen, mit dem Abkommen unabsehbare Verpflichtungen einzugehen. Andererseits entspricht es der in der Präambel formulierten und in den an das Gemeinschaftsrecht angelehnten Regelungen des Abkommens ebenfalls zum Ausdruck kommenden Zielsetzung, die Freizügigkeit auf der Grundlage des in der Gemeinschaft geltenden Rechts zu verwirklichen, wenn das Abkommen und das Gemeinschaftsrecht möglichst parallel ausgelegt werden⁶⁶. Es ist daher mit den Zielen des Abkommens vereinbar und diesen sogar förderlich, wenn auch nach dem Stichtag ergangene Rechtsprechung berücksichtigt werden kann bzw. berücksichtigt wird. In diesem Sinn spricht vieles dafür, die dargestellten Ansätze in der Rechtsprechung auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens heranzuziehen.

II. Steuerliche Aspekte

1. Anrechnung von Einkünften aus einem anderen Mitgliedstaat bei der Ermittlung der Höhe einer Erwerbsabgabe (Rs. C-249/04, *Allard*)

a) Sachverhalt und Urteil

⁶³ Hierzu *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (65-67); ausführlich auch *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 45 (59 ff.).

⁶⁴ S. insbesondere EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rz. 33 ff.

⁶⁵ Vgl. nur *Peter-Christian Müller-Graf*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV, Rz. 88 m.w.N.; *Jürgen Tiedje/Peter Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar EUV und EGV, 2003, Art. 49, Rz. 102 ff. m.w.N.

⁶⁶ Ausführlicher hierzu *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen (Fn. 15), 57 (61 ff.).

In der Rs. C-249/04⁶⁷ ging es um die Zahlung eines sog. „Dämpfungsbeitrags“, einer zusätzlichen Erwerbsabgabe, die ein in Belgien wohnender belgischer Staatsangehöriger für seine sowohl in Frankreich als auch in Belgien ausgeübte selbständige Tätigkeit leisten sollte. Bei der Ermittlung der Gesamterwerbseinkünfte wurden die in Frankreich erzielten Einkünfte mit einbezogen, wogegen Herr *Allard* sich wehrte. Nach Auffassung des EuGH fällt dieser Dämpfungsbeitrag, der dem System der Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Selbstständigen zugeführt wurde, unter die VO Nr. 1408/71. Diese regelt, dass eine Person, die eine selbständige Tätigkeit gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den Rechtsvorschriften des Staates unterliegt, in dessen Gebiet sie wohnt, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil in dessen Gebiet ausübt. Die Einbeziehung der in Frankreich erzielten Einkünfte stehe also im Einklang mit der VO Nr. 1408/71 und werde von dieser sogar gefordert.

Art. 43 EGV schliesse es ebenfalls nicht aus, dass Selbständigen ein „Dämpfungsbeitrag“ auferlegt würde. Die VO Nr. 1408/71 verfolge das Ziel, die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und Selbständigen zu sichern, indem sie sie bezüglich der Gesamtheit ihrer Einkünfte nur den Sozialvorschriften eines Staates unterwerfe. Daraus folge, dass die Anwendung der VO die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten gerade nicht behindere oder weniger attraktiv mache.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Verordnung Nr. 1408/71 ist gem. Art. 8 FZA und Abschnitt A Nr. 1 Anhang II FZA auch im Verhältnis Schweiz – EG anzuwenden. Da der EuGH wiederum seine bisherige Rechtsprechung auf einen neuen Sachverhalt anwendet und somit nur präzisiert, lässt sich das Urteil auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens übertragen.

2. Steuervergünstigungen für Forschungsarbeiten (Rs. C-39/04, *Laboratoires Fournier SA*)

Mit dem französischen System von Steuervergünstigungen für in Frankreich ausgeführte Forschungsarbeiten hatte sich der EuGH im Urteil *Laboratoires Fournier*⁶⁸ zu beschäftigen. Das Unternehmen *Laboratoires Fournier*, dessen Geschäftstätigkeit die Herstellung und der Vertrieb von Arzneimittelpreparaten ist, hatte zahlreiche Forschungsaufträge an in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassene Forschungszentren ausgelagert und die jeweiligen Kosten in die Berechnung einer Steuervergünstigung für Forschung der Jahre 1995 und 1996 einbezogen. Diese Steuervergünstigungen wurden jedoch nicht gewährt und *Laboratoires Fournier* für den genannten Zeitraum mit einer zusätzlichen Steuerschuld belastet, da die entsprechende Vergünstigung nur für in Frankreich ausgeführte Forschungsvorhaben gewährt wurde.

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 26.5.2005, Rs. C-249/04, *Allard*, Slg. 2005, I-4535.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-39/04, *Laboratoires Fournier SA*, Slg. 2005, I-2057.

Der Gerichtshof stellte zunächst klar, dass die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen, diese jedoch ihre Befugnisse unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben müssten. Eine Regelung wie die vorliegende enthalte eine auf dem Ort der Erbringung der Dienstleistung beruhende Ungleichbehandlung, die gegen Art. 49 EGV verstosse. Diese könne auch nicht mit der Kohärenz des Steuersystems oder der Förderung von Forschung und Entwicklung gerechtfertigt werden.

3. Gewährung von Steuervorteilen für durch Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten erlittene Verluste der Muttergesellschaft (Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc*)

a) Sachverhalt und Urteil

Im Fall *Marks & Spencer*⁶⁹ ging es um die Frage, inwieweit die Ablehnung eines Antrags auf Gewährung eines Steuervorteils, mit dem *Marks & Spencer* den Abzug der Verluste ihrer in Belgien, Deutschland und Frankreich ansässigen Tochtergesellschaften von ihrem steuerpflichtigen Gewinn in Grossbritannien geltend machen wollte, gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 i.V.m. Art. 48 EGV verstiesse. Die in Rede stehende britische Regelung sah nämlich vor, dass es einer gebietsansässigen Muttergesellschaft allgemein verwehrt war, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste abzuziehen, die einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dort entstanden sind. Dagegen war ein solcher Abzug für Verluste einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft zulässig.

Der Gerichtshof sah darin zwar eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Art. 43 i.V.m. 48 EGV, die jedoch durch die Ziele der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten, der Vermeidung doppelter Verlustberücksichtigung und der Eindämmung der Steuerfluchtgefahr gerechtfertigt werden könne. Die Massnahme gehe jedoch dann über das zur Erreichung der verfolgten Ziele Erforderliche hinaus, wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft die in ihrem Sitzstaat für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat und wenn auch keine Möglichkeit besteht, dass die Verluste der ausländischen Tochtergesellschaft in ihrem Sitzstaat für künftige Zeiträume von ihr selbst oder von einem Dritten berücksichtigt werden.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das Freizügigkeitsabkommen grundsätzlich nur die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen, nicht aber juristischer Personen regelt, ist das Urteil nicht auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten übertragbar. Dies gilt auch für den folgenden Fall.

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 13.12.2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc*, noch nicht in amtl. Slg.

III. Ausschreibung und Vergabe von Dienstleistungen

1. Ausschreibung von Dienstleistungen (Rs. C-234/03, *Contse SA*)

Die Rs. C-234/04⁷⁰ betraf einen Rechtsstreit zwischen einer Arbeitsgemeinschaft von Unternehmen, denen Produktionsanlagen zur Herstellung von Sauerstoff in Italien und Belgien gehörten, und der spanischen staatlichen Sozialversicherungsanstalt *Instituto Nacional de la Salud*. Letztere hatte in zwei Fällen bestimmte Dienstleistungsaufträge öffentlich ausgeschrieben. Die Ausschreibungskriterien sahen u.a. vor, dass der Bieter bei der Abgabe seines Angebots über einen öffentlich zugänglichen Geschäftsraum in der Provinzhauptstadt, in der die Dienstleistung erbracht werden soll, verfügen musste. Zusätzliche „Pluspunkte“ wurden dafür vergeben, dass bei der Abgabe des Angebots Produktions-, Wartungs- und Sauerstoffabfüllanlagen, die höchstens 1000 Kilometer von dieser Provinz entfernt waren oder Geschäftsräume in anderen, näher bezeichneten Orten der Provinz vorhanden waren. Bei Punktegleichheit sollte dasjenige Unternehmen bevorzugt werden, das die Dienstleistung bereits einmal erbracht habe.

Der EuGH hielt dies für einen Verstoß gegen die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EGV), sofern keine Rechtfertigung vorliege; dies zu prüfen, sei jedoch Sache des nationalen Gerichts. Der Gerichtshof gab allerdings die groben Linien der Prüfung bereits vor, wonach sich abzeichnet, dass hier eine Rechtfertigung wohl nicht möglich ist.

2. Vergabe von Dienstleistungen (Rs. C-231/03, *Coname*)

Ebenfalls um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen ging es in einem Rechtsstreit zwischen dem Unternehmenskonsortium *Coname* und der Gemeinde *Cingia de' Botti*⁷¹. Die Gemeinde hatte mit *Coname* einen Vertrag über die Verwaltung, den Vertrieb und die Wartung von Anlagen des Methangasnetzes für den Zeitraum zwischen dem 1.1.1999 und dem 31.12.2000 geschlossen. Am 30.12.1999 teilte die Gemeinde der *Coname* jedoch mit, dass ab dem 1.1.2000 die Dienstleistung neu der *Padania* anvertraut werden würde, deren Stammkapital sich überwiegend in öffentlicher Hand befand und von der Provinz *Cremona* und nahezu sämtlichen Gemeinden der Provinz gehalten wurde. Die Gemeinde *Cingia de' Botti* hielt selbst nur eine Beteiligung von 0,97 %. *Coname* beantragte die Aufhebung des entsprechenden Beschlusses und machte geltend, dass der Dienstleistungsauftrag im Wege der Ausschreibung zu vergeben gewesen wäre. Das vorlegende Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die Art. 43, 49 und 81 EGV einer solchen unmittelbaren Vergabe entgegenstünden.

In seinem Urteil wies der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass Art. 81 EGV nicht anwendbar sei, da er grundsätzlich nicht für Konzessionsverträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unterneh-

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 27.10.2005, Rs. C234/03, *Contse u.a.*, noch nicht in amtl. Slg.

⁷¹ EuGH, Urteil v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) ./. Comune di Cingia de' Botti*, noch nicht in amtl. Slg.

men, die mit der Erbringung eines öffentlichen Dienstes betraut sind, gelte. Auch sei die Vergabe einer solchen Konzession von keiner der Richtlinien erfasst, die den Bereich des öffentlichen Auftragswesens regeln. Somit sei die Massnahme ausschliesslich am Massstab des Primärrechts zu prüfen.

In der ohne jede Transparenz erfolgten Vergabe der Konzession an ein im entsprechenden Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen sei eine diskriminierende Massnahme zum Nachteil von in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen zu sehen, die auch nicht damit zu rechtfertigen sei, dass die Gemeinde eine Beteiligung von 0,97 % am Stammkapital von *Padania* halte. Eine Kontrolle des Konzessionsinhabers durch die Gemeinde sei damit jedenfalls nicht möglich.

Im Ergebnis befand der Gerichtshof daher, dass die Art. 43 und 49 EGV unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der unmittelbaren Vergabe einer Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung an eine Gesellschaft mit überwiegend öffentlichem Stammkapital, an dem eine Gemeinde eine Beteiligung von 0,97 % hält, durch diese Gemeinde entgegenstünden, wenn die Vergabe nicht Transparenzerfordernissen genüge, die – ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Ausschreibung zu umfassen – insbesondere geeignet seien, einem in einem anderen Mitgliedstaat als dem dieser Gemeinde niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen ggf. sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können.

IV. Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten (Rs. C-244/04, *Kommission ./. Deutschland*)

1. Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-344/04⁷² ging es um eine Aufsichtsklage der Kommission wegen der deutschen Visumspraxis betreffend drittstaatsangehörige entsandte Arbeitnehmer. Die in Deutschland angewandte Regelung verstosse gegen den in Art. 49 EGV garantierten freien Dienstleistungsverkehr. Um als Angehöriger eines Drittstaates ein Visum für eine Entsendung nach Deutschland zu erhalten, mussten bestimmte Kriterien erfüllt sein. Damit benachteiligten nach Auffassung der Kommission die deutschen Behörden die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringer im Vergleich zu ihren in Deutschland ansässigen Wettbewerbern, die ihr Personal ungehindert einsetzen könnten, um dort eine Dienstleistung zu erbringen.

Der Gerichtshof schloss sich der Ansicht der Kommission an und erinnerte an sein Urteil im Fall *van der Elst*⁷³, in dem er zur Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten bereits festgestellt hatte, dass eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Un-

⁷² EuGH, Urteil v. 19.1.2006, Rs. C-244/04, *Kommission ./. Deutschland*, noch nicht in aml. Slg. Vgl. auch bereits EuGH, Rs. C-445/03, *Kommission ./. Luxemburg*, Slg. 2004, I-10191 und die Anmerkung bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (61).

⁷³ EuGH, Rs. C-43/93, *Vander Elst*, Slg. 1994, I-3803, Rz. 15.

ternehmen im Inland von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung von Art. 49 EGV darstelle.

Auch hier stellte der EuGH einen Verstoss gegen Art. 49 EGV fest, da den Mitgliedstaaten ein milderes, aber gleich wirksames Mittel zur Verfügung stehe. Denn sie könnten die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind und in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen sollen, von der vorherigen Abgabe einer einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, das die Entsendung dieser Arbeitnehmer plant, abhängig machen. Die Erklärung könnte z.B. Angaben zu den entsandten Arbeitnehmern sowie Dauer, Ort und Art der Dienstleistung enthalten oder einen Hinweis, aus dem hervorgeht, dass die entsandten Arbeitnehmer aus Drittstaaten sich rechtmässig in dem Land aufhalten, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll. Dagegen kann der Empfangsstaat nicht verlangen, dass diese Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei diesem Unternehmen beschäftigt sein müssen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens kann sich ein Arbeitgeber auch eigener Beschäftigter aus Drittstaaten bedienen. Dies ist im Abkommen ausdrücklich geregelt in Art. 17 lit. b) ii) Anhang I FZA. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist auch die Entsenderichtlinie 96/71 im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar. Spezifische Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit gelten jedoch für Finanzdienstleistungen und Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen (Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA). So weit die Dienstleistungsfreiheit nach dem Abkommen gewährt ist, dürfte das Urteil im Wesentlichen auf die Auslegung des Abkommens übertragbar sein, da es lediglich die bisherige Rechtsprechung präzisiert⁷⁴. Handelt es sich bei den entsandten Arbeitnehmern um Drittstaatsangehörige, müssen sie vor der Entsendung in die Schweiz nach der derzeit geltenden Regelung bereits dauerhaft auf dem regulären Arbeitsmarkt in einem Mitgliedstaat der EG oder der EFTA zugelassen gewesen sein. Davon sei nach einem Aufenthalt von mindestens 12 Monaten auszugehen⁷⁵. Diese Regelung dürfte in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sein.

V. Eintragung grenzüberschreitender Verschmelzungen (Rs. C-411/03, *SEVIC Systems AG*)

Im Fall SEVIC⁷⁶ hatte die SEVIC Systems AG die Eintragung ihrer Fusion mit einer in Luxemburg ansässigen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister beantragt.

⁷⁴ Vgl. insbesondere die Leitentscheidung zur Arbeitnehmerentsendung EuGH, Rs. C-43/93, *van der Elst*, Slg. 1994, I-3803, sowie die weiteren im Urteil zitierten Entscheidungen.

⁷⁵ Vgl. das Rundschreiben des IMES vom 19.5.2004, IMES-Nr. 123-001, insbesondere Ziffer 2.

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 13.12.2005, Rs- C-411/03, *SEVIC Systems AG*, noch nicht in amtl. Slg.

Diese wurde ihr jedoch mit der Begründung verweigert, das deutsche Umwandlungsrecht sehe lediglich eine Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland vor.

Diese Situation bewertete der EuGH als Verstoß gegen Art. 43 i.V.m. 48 EGV, da die Fusion von Gesellschaften unterschiedlich behandelt werde, je nachdem, ob es sich um eine grenzüberschreitende oder eine innerstaatliche Verschmelzung handelte. Zwar könnten zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs – wie bereits in den Urteilen zu den Fällen *Überseering*⁷⁷ und *Inspire Art*⁷⁸ anerkannt – zur Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit herangezogen werden. Die generelle Verweigerung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gehe jedoch über das Erforderliche hinaus, da sie solche Verschmelzungen auch dann verhindere, wenn die genannten Interessen gar nicht bedroht seien.

VI. Zulässigkeit von Geschäftstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten

1. Eröffnung von Optikergeschäften (Rs. C-140/03, *Kommission ./. Griechenland*)

a) Sachverhalt und Urteil

Um die Voraussetzungen für die Eröffnung von Optikergeschäften in Griechenland ging es in der Rs. C-140/03⁷⁹. Darin, dass das einschlägige griechische Gesetz es einem diplomierten Optiker als natürlicher Person nicht erlaubt hatte, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben, und die Möglichkeit zur Eröffnung eines Optikergeschäfts in Griechenland von sehr eng umrissenen Voraussetzungen – wie etwa die mindestens 50-%ige Beteiligung der Person, die die Erlaubnis für den Betrieb des Geschäfts besitzt, am Gesellschaftskapital oder das Verbot für den betroffenen Optiker, noch an mehr als einem anderen Optikergeschäft eines anderen Optikers beteiligt zu sein – abhängig gemacht hatte, sah der EuGH einen Verstoß gegen die Art. 43 und 48 EGV. Die entsprechenden Regelungen seien geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Das Ziel der griechischen Regelung, nämlich der Schutz der öffentlichen Gesundheit, sei auch mit weniger einschneidenden Massnahmen – wie der Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung – zu erreichen.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

⁷⁷ EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rz. 92.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rz. 132. Vgl. dazu auch die Anmerkungen von *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003 (Fn. 1), 85 (116 f.); *Peter Nobel*, Europäisches Gesellschaftsrecht, SJER 2003, 2004, 239 (239 ff.).

⁷⁹ EuGH, Rs. C-140/03, *Kommission ./. Griechenland*, Slg. 2005, I-3177.

Das Urteil – das im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung aufnimmt – dürfte sich auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen lassen. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung darauf ab, dass die in Frage stehende Massnahme eine durch Art. 43 EGV grundsätzlich verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle. Bei der Frage der Übertragbarkeit des Urteils auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens kommt es insoweit darauf an, in welchem Masse das Abkommen ebenso wie das Gemeinschaftsrecht auch nichtdiskriminierende Beschränkungen der Freizügigkeit verbietet, was im Ergebnis zu bejahen ist⁸⁰. Der EuGH deutet jedoch zugleich an, dass – entgegen dem Vorbringen der griechischen Regierung – auch eine indirekte Diskriminierung vorliegen könnte, indem er vom „angeblichen Fehlen(s) einer Diskriminierung“ spricht⁸¹. Wenn tatsächlich eine Diskriminierung gegeben ist, kommt es auf die Frage nach dem Beschränkungsverbot nicht mehr an, da sich für die Übertragbarkeit des Urteils im Übrigen keine Besonderheiten ergeben.

2. Bestimmungen über ausländische private Sicherheitsunternehmen (Rs. C-514/03, *Kommission ./. Spanien*)

Die Aufsichtsklage der Kommission gegen Spanien in der Rs. C-514/03⁸² betraf die spanischen Regelungen über private Sicherheitsdienstleistungen. Diese verlangten u.a. bezüglich der Eintragung ausländischer privater Sicherheitsunternehmen, dass diese juristische Personen sein, ein bestimmtes Gesellschaftskapital besitzen, eine Sicherheit hinterlegen und eine Mindestanzahl von Arbeitnehmern beschäftigen müssen. Der Gerichtshof wertete diese Bedingungen als Verstoß gegen Art. 43 und 49 EGV bzw. gegen die RL 92/51/EWG.⁸³

E. Schlussbemerkung

Insgesamt konnte auch dieser Überblick über die Rechtsentwicklungen im Jahr 2005 aufzeigen, dass sich die Frage der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens immer wieder und – je weiter die Entwicklung der Rechtsprechung geht – auch immer pointierter stellt. Eigentliche „Sicherheit“ über den Einbezug einer ganzen Reihe von neueren Urteilen bei der Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens wird es in vielen Fällen erst nach einer entsprechenden gerichtlichen Klärung gehen. Damit geht eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit einher, die bei der Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen des „Bilateralen Weges“ einerseits und eines EU-Beitritts andererseits in die Überlegungen einzubeziehen ist, zumal sich diese Fragen nicht nur im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, sondern auch in ande-

⁸⁰ Ausführlich hierzu *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 2), 1 9 ff.

⁸¹ EuGH, Rs. C-140/03, *Kommission ./. Griechenland*, Slg. 2005, I-3177, Rz. 28.

⁸² EuGH, Urteil v. 26.1.2006, Rs. C-514/03, *Kommission ./. Spanien*, noch nicht in aml. Slg.

⁸³ Vgl. zu den Anforderungen an private Sicherheitsdienste auch bereits EuGH, Rs. C-189/03, *Kommission ./. Niederlande*, Slg. 2002, I-9289 und die Anmerkung bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005 (Fn. 1), 41 (62).

ren Abkommen und im Zusammenhang mit „autonom nachvollzogenem“ nationalen Recht stellen⁸⁴.

⁸⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht / Les cantons entre adhésion à l'UE et „voie bilatérale“: appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: Konferenz der Kantonsregierungen / Conférence des gouvernements cantonaux (Hrsg. / éd.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht / Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Eexpertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“ / Rapports d'experts commandés par le groupe de travail „Europe – Réformes des cantons“, 2006, 77 ff.